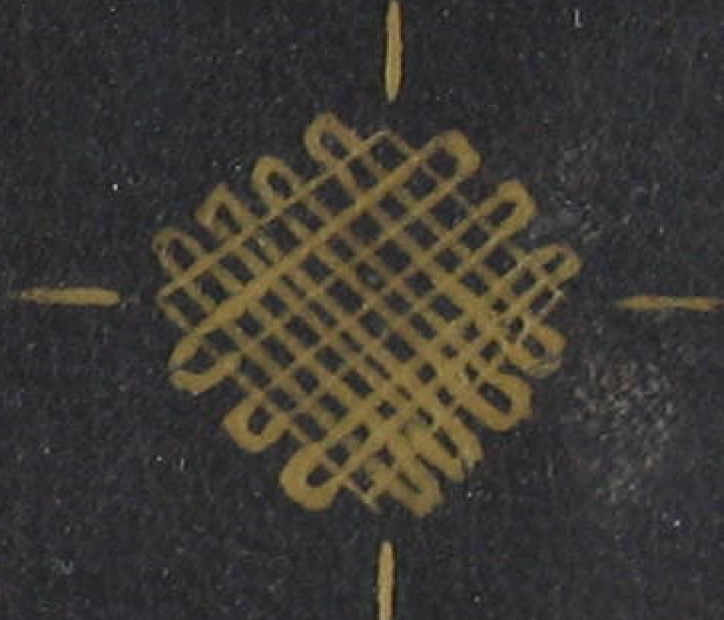


665

5-K.





مسئله عن بيع اراضي بيت المال هل يجوز بيعها ام لا اجاب بانه اذا كان فيه للمسلمين
حاجة العباد فالله يجوز ذلك كما افتى به شيخ الاسلام كمال الدين ابن الهمام ونقل مولانا
في فوائده بانه لا يحتاج الى الحاجة بل المراد على ظهور المصلحة فان كانت ظاهرة
في البيع صح وان لم يكن لحاجة كبيع عقار اليتيم على قول المتاخرين المفتى به

مع سعد السائل



مما اودعه [illegible] الفقير
[illegible]





مما اودعه الدهر لدى العبد المضطر
محمد عارف العريف
سنة ١٢٩٩

ثم انتقل الى السيد محمد عاطف خادم العلم
الاسنى ومجمع الاعلامات للكرام
الهنوى رحمه الله
الهنوى
١٢٩٩





احمده في البداية والنهاية على الهداية والوقاية واشكره
على ما انعم علي من التوفيق والعناية واصلي على من بلغ الغاية
وبلغ الآية محمد قاطع دابر اهل الضلالة وقالع اهل الجهالة
والغواية وعلى آله وصحبه والتابعين من بعده الذين نهجوا
مناهج الرواية وعرجوا في معارج الدراية اما بعد فغير خاف
على ذوي البصائر ان المختصر الموسوم بالوقاية مع صغر حجمه ووجازة
نظمه كتاب حاو لمنتخب كل مزيد ومفيد ومنتقى كل مديد
وبسيط جامع نافع لخلاصة كل وجيز ووسيط وبحر محيط بغرر درر
الحقائق وكنز مخفي اودع فيه نقود الدقائق الا ان فيه
من مواضع سهو وزلل ومواقع خبط وخلل ولا غرو فان
الجواد قد يكبو والصارم قد ينبو فاردت تصحيحه وتنقيحه
بنوع تغيير في اصل التعبير او في فصل النظم ووصله ونسق الترتيب
وقصدت تكميله وتقويته وتعديله ببعض حذف واثبات
وتبديل في التصوير والتحرير والترتيب ثم ان شرحه

المنسوب الى النحرير الشهير بصدر الشريعة تغمده الله بالرحمة والغفران
الذي سار بذكره الركبان وصار مقبولا عند افاضل الانام مع احتوائه
على تصرفات فاسدة واعتراضات غير واردة لا يخلو عن القصور
في تقرير الدلائل بل عن الخطاء في تحرير المسائل لعدم العثور على
مأخذ الكلام فلا جرم كان مضلة للافهام ومزلة للاقدام ولما وقفت
على هذه الطامة وشاهدت فيه من المضرة العامة سعيت في ايضاح
ما يحتوي من الخبط والخطاء وتبيين وجه الحق بكشف الحجاب والغطاء
وقفيت اثر ذلك الفاضل الا فيما زل فيه قدمه وتتبعت اثره
فمحوت ما طغى فيه قلمه وسميت المتن بالاصلاح لاصلاح ما في الوقاية
من الزلل والشرح بالايضاح لاشتماله ما في الشرح المذكور من الخلل
وكان شروعي في ذلك الامر الخطير في شهور سنة ثمان وعشرين
وتسعمائة من تاريخ هجرة نبينا عليه وعلى سائر الانبياء الصلوة والسلام
ووقع الاختتام لسلخ شوال تلك العام وكنت اقدر الاتمام في اكثر
من ثلث سنين وتيسر في اقل من ثلث السنة بعون الملك العلام
وذلك بيمن دولة السلطان الاعظم والخاقان الاكرم الاعلم الذي
جمع الله في طبعه الملكي نفائس العلوم والحكم مالك رقاب الامم
خليفة الله في العالم حامي بلاد اهل الايمان ماحي آثار الكفر والطغيان
اصبح الرعايا في عهد خلافته فارغ البال وظل البرايا في عهد رأفته
رافع الحال كف كفيه عن نهر السائل وفك كفيه عن نهر سائل

ولقد احسن في حسن وصفه القائل **شعر** راحة منها الولاة
براحة ❁ له شوكة منها العداة بشكوة ❁ سلطان سلاطين العرب والعجم
خاقان خواقين الترك والديلم خالع لباس هامة الافرنج والكروس
قالع اساس الكفر والفساد عن قلاع بلغراد ورودوس وهو سلطان
ابن السلطان مفخر آل عثمان السلطان سليمان بن السلطان السعيد الشهيد
صاحب الآيات الظاهرة • ناصب الرايات الباهرة • فاتح الشامات والقاهرة
قاهر الملوك وقهرمان الروم سلطان العرب والعجم والروم سليم خان بن
السلطان بايزيد خان بن السلطان محمد خان بن السلطان مراد
خان بسط الله تعالى بساط خلافته على بسيط الغبراء مدى الايام ومهد فوق
فرق الفرقدين مهاد جلالته الى يوم القيام • وحسن اقبال آصف الزمان
سمي خليل الرحمن سلطان الوزراء في الشرق والغرب مقدام الامراء
يوم الضرب والحرب على تربية اهل الفضيلة والكمال • وتهيئة اسباب
الفضل والافضال • لازال لسان سنانه بالحق ناطقا • وسنان لسانه
للباطل ماحقا • وهو الذي صرف عنان العناية نحو حماية الكلام برعاية
العلماء الاعلام • وامطر على العالمين سحائب الاكرام والانعام • وخص من بينهم
العالمين بمزيد الاعزاز والاحترام **شعر** اقامت بالرقاب لي ايادي •
هي الاطواق والناس الحمام • اجرى الله تعالى معالي السلطان والوزير
على صفحات الايام • وربط اطناب دولتهما باوتاد الخلود والدوام • ولازال
متن العلماء بالطافهما متينا ويرحم الله تعالى عبدا قال آمينا ❁

كتاب الطهارة الطهارة في اللغة مطلق النظافة وفي الشرع
النظافة عن النجاسة حقيقية كانت وهي الخبث او حكمية وهي الحدث
وباعتبار الحدث تنقسم الطهارة الى الكبرى واسمها الخاص الغسل وهي النظافة
عما يوجبه جنابة كانت او حيضا او نفاسا وذلك الموجب الحدث الاكبر
والى الصغرى واسمها الخاص الوضوء وهي النظافة عما ينقضه وذلك
الناقض الحدث الاصغر وههنا نوع آخر وهو التيمم فانه طهارة حكمية
يخلفهما معا ويخلف كلا منهما منفردا عن الآخر **فان قلت** الطهارة
اسم جنس فتشمل الانواع والافراد فلا حاجة الى لفظ الجمع **قلت** بل الحاجة اليه
قائمة فانه لو اتى بلفظ الواحد لما دل على ان ههنا اجناسا يشملها الطهارة
فجمع ليدل على ذلك قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة
فاغسلوا وجوهكم الآية • افتتح الكتاب بهذه الآية تيمنا والا فذكر الدليل
خصوصا على وجه التقديم ليس من دأبه كذا في النهاية • ففرض الوضوء
الفاء للتعقيب والفرض لغة التقدير والقطع وشرعا ما ثبت لزومه
بدليل قطعي لا شبهة فيه كاصل الغسل والمسح في اعضاء الوضوء وهو
الفرض علما وعملا ويسمى الفرض القطعي وكثيرا ما يطلق الفروض على ما يفوت
الجواز بفوته ولا ينجبر كما بركن غسل مقدار معين ومسح مقدار معين
فيها وهو الفرض عملا لا علما ويسمى الفرض الاجتهادي وذكر الحدود
الخلافية والمقدار الاجتهادي اقتضى حمل الفرض المذكور على المعنى الثاني
والوضوء بضم الواو اسم للفعل وفي الشرع نقله الى الطهارة الصغرى

وبفتحها اسم للماء الذي يتوضأ به. غسل الوجه. الغسل الاسالة والوجه
حده لم يذكر في ظاهر الرواية وذكر في غير رواية الاصول على وفق ما ذكره
المصنف قالوا وهو حد صحيح لانه تحديد له بما ينبئ عنه لفظه لغة من الشعر
اي منتهى منبته عادة سواء نبت فيه شعر او لم ينبت الى الاذن فيجب
غسل البياض الذي بين العذار والاذن وهو قول ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وروي عن ابي يوسف انه لا يجب لوجود الحائل ولهما انه لا شعر
عليه فيبقى على ما كان وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك لا يجب غسله قبل نبات
العذار وبعده فخلافه في دخوله في حد الوجه واما ابو يوسف رحمه الله
فلا خلاف له فيه ولذلك يقول بوجوب غسله قبل نبات العذار وقال
شمس الائمة الحلوائي في غسله ضرب كلفة ومشقة فالاولى ان يقال يكفيه ان
يبله بالماء بناء على ما روي عن ابي يوسف ان المصلي اذا بل وجهه و
اعضاء وضوئه بالماء ولم يسل الماء عن عضوه انه يجزئه ذكره صاحب
الذخيرة ثم قال تضعيفا له ولكن قيل ما روي عن ابي يوسف
انه سال عن العضو قطرة او قطرتان ولم يتدارك يعني ان المروي
المذكور لا يصلح ان يكون مبنى لما قاله شمس الائمة لانه ليس على ظاهره
بل هو مؤول بما لا يصلح لذلك وايضا هو عام فلا وجه لتخصيص ما نحن عليه
واسفل الذقن اعلم انه يجب غسل ما بين هذه الحدود قبل نبات الشعر اتفاقا
عند مالك واذا نبت الشعر يسقط غسل ما تحته عند عامة العلماء وقال
ابو عبد الله البلخي لا يسقط وقال الشافعي ان كان الشعر كثيفا يسقط وان

كان خفيفا لا يسقط وعلى هذا الخلاف غسل ما تحت الشارب والحاجبين
واما الشعر الذي يلاقي الخدين وظاهر الذقن فقد روى ابن شجاع
عن الحسن عن ابي حنيفة وزفر انه اذا مسح من اللحية ثلثا منها او ربعا
جاز وان مسح اقل من ذلك لم يجز وقال ابو يوسف ان لم يمسح
شيئا منها جاز قال في البدائع وهذه الروايات مرجوع عنها والصحيح
انه يجب غسله لان البشرة خرجت من ان تكون وجها لعدم المواجهة
لاستتارها بالشعر وصار ظاهر الشعر الملاقي اياها ظاهر الوجه لان
المواجهة تقع به والى هذا اشار ابو حنيفة فقال وانما مواضع الوضوء
ما ظهر منها والظاهر هو الشعر لا البشرة فيجب غسله واذ وقفت على
هذا فقد انكشف لديك وجه الدقة في اعتبار صاحب الهداية حيث
لم يذكر اللحية نظرا الى انها ليست بحاجبة وظيفة مستقلة بل هي قائمة
مقام ما تحتها فلها حكمه لا حكم آخر واتضح ما في قول من قال ومسح ربع
الرأس واللحية وقول من قال مسح ربع اللحية فرض عند ابي حنيفة
واليدين والرجلين مع المرفقين والكعبين. المرفق بكسر الميم وفتح
الفاء وعكسه مجتمع الساعد والعضد والمراد من الكعب ههنا
العظم الناتي المتصل بعظم الساق وفي دخولهما في المغسول خلاف لزفر بناء
على ان الاصل في الغاية عدم الدخول تحت المغيا كالليل في الصوم
ولنا ان ضرب الغاية لا بد له من فائدة ومتى ما مد الحكم اليهما واسقاط
ما وراءهما والاول يحصل ههنا بدونه لان اليد اسم لذلك العضو الى الابط

فتعين الثاني وموجبه دخول الغاية تحت المغيا ومسح ربع الرأس
المسح في اللغة امرار اليد على الشيء السائل والمتلطخ لاذهابه ذكره
صاحب القاموس وفي الشرع اصابة البلل سواء كان المصاب عضوا او غيره
كالخف والسيف ونحوه وسواء كان الاصابة باليد او بغيرها يرشدك
الى هذا انه لو اصاب رأسه او خفه من ماء المطر قدر المفروض اجزاه
مسحه باليد او لم يمسحه وشرط في صحة المسح ان لا يكون البلل مستعملا كما شرط
في صحة الغسل ان لا يكون الماء مستعملا فلا يصح المسح ببلل يأخذه من
عضو ممسوحا كان او مغسولا وكذا ببلل بقي في يده بعد المسح واما الذي
بقي فيها بعد الغسل فقال الحاكم الشهيد لا يجوز المسح به ايضا وخطأه
عامة المشايخ بما ذكره محمد في مسح الخف انه اذا توضأ ثم مسح على الخف
ببلة بقيت على كفه بعد الغسل جاز والصحيح ما قاله الحاكم وقد نص الكرخي
في جامعه الكبير على الرواية عن ابي حنيفة وابي يوسف مفسرا معللا
انه اذا مسح رأسه بفضل غسل ذراعيه لم يجز الا بماء جديد لانه قد تطهر به
مرة واعلم ان العلماء قد اختلفوا في مقدار المفروض من الرأس فعن
اصحابنا فيه ثلث روايات في ظاهر الرواية مقدار ثلث اصابع من
اليد مطلقا وفي اختلاف زفر ويعقوب مقدار ربع الرأس وهو قول زفر
وذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي والشيخ ابو جعفر الطحاوي مقدار الناصية
وقال مالك ما لم يمسح جميع الرأس او اكثره لا يجوز وقال الشافعي اذا مسح
مقدار ما يسمى ماسحا جاز والصحيح جواب ظاهر الرواية كذا في التحفة فالباء

عند مالك صلة كما في قوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وعند الشافعي للتبعيض وعندنا
للالصاق ومن رام تفصيل الكلام وتحقيق المقام فعليه بمطالعة
شرحنا للهداية فثمة مأخذ عنانه وموضع بيانه وسننه آثر صيغة الجمع
على صيغة المفرد تنبيها على استقلال كل منها دليلا وحكما اما الاول
فظاهر عند من تأمل في الهداية وسائر الكتب المطولة واما الثاني فلان
ما يترتب على فعل السنة وتركها من الثواب والعقاب يترتب على فعل
كل منها وتركه منفردة كانت او مجتمعة مع اخواتها وليس الامر في الفرض
كذلك فان فرض الوضوء مجموع غسل الاعضاء الثلثة ومسح الرأس لان
كلا منها فرض مستقل يترتب على فعله وتركه حكم الفرض ولذلك آثر
فيه صيغة المفرد ومن لم يتنبه لهذه الدقيقة الانيقة سلك في الموضعين
مسلك الافراد والسنة ما واظب عليه النبي عليه السلام على وجه العبادة
مع الترك في الجملة هذا هو المشهور في حدها المسطور في الكتب وفيه قصور
لان ما واظب عليه الخلفاء الراشدون ايضا من السنة الا يرى الى ما قاله
صاحب الهداية في التراويح والاصح انها سنة لانه واظب عليها الخلفاء
الراشدون وقال في النهاية والدليل على انها سنة قوله عليه السلام
عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي البداية بالتسمية
قولا وبغسل يديه فعلا وللتنبيه على ان البداية تقع بكل منهما حقيقة
لا اضافة اعاد حرف الجر في المعطوف وانما ترك قولهم للمستيقظ
تنصيصا على ما هو المختار وهو عدم اختصاص سنية البداية بغسل اليد

بالمستيقظ واما ترك قولهم قبل ادخالهما الاناء فلئلا يتوهم اختصاص
سنيتها بوقت الحاجة الى ادخالهما الاناء على ان المفهوم معتبر في
الروايات اتفاقا والسنة تقديم غسل اليد واما نفس الغسل ففرض و
للاشارة الى هذا المعنى قال في البداية يغسل يديه ولم يقل غسل يديه
ابتداء كما قال غيره الى رسغيه الرسغ موصل الساعد بالكف ثلثا
والسواك والمضمضة بمياه ولم يقل ثلثا مع انه اخصر وفي الدلالة
على العدد المسنون اظهر لما في عبارة المياه من الاشارة الى ان السنة
التثليث بتجديد الماء لا مطلق التثليث والتثليث ههنا ممكن بدون
التجديد بخلاف ما تقدم لكون الماء مستعملا بالانفصال عن العضو المغسول
ولذلك اكتفي ثمه بذكر العدد والاستنشاق بمياه كرر قوله بمياه
لان السنة عندنا تجديد الماء لكل منهما خلافا للشافعي اعلم ان المضمضة
ليست غسل الفم وكذا الاستنشاق ليس غسل الانف بل هي عبارة عن ادارة
الماء في الفم وهو عبارة عن جذب الماء بالنفس نص على ذلك في فصل
الجنائز من غاية البيان فمن بدلهما بغسل الفم والانف لم يصب وتخليل
اللحية والاصابع هذا اذا كان الماء واصلا الى خلل الاصابع بدون
التخليل واما اذا لم يصل بدونه فهو فرض وتثليث الغسل ومسح كل الرأس
مرة خلافا للشافعي فانه يرى التثليث في المسح ايضا سنة والخلاف
في التثليث بمياه والاذنين بمائه اي بماء الرأس خلافا له فان تجديد الماء
لمسحهما سنة عنده والنية وهي فرض عند الشافعي لقوله عليه السلام انما الاعمال

بالنيات

بالنيات وجه الاستدلال ان المقصود الاهم من بعثة الرسول بيان
الحل والحرمة والصحة والفساد وكان الظاهر بقرينة الحال المتبادر الى الفهم
من ذلك المقال ارادة الصحة او ما يعمها نحو حكم الاعمال فان قدر الصحة
فظاهر وان قدر الحكم الشامل لها فكذلك لما عرفت من قيام القرينة على ارادتها
فلا مساغ لاخراجها عن حيز الارادة ونحن نقول في جوابه كما انه لم يرد
بنفي العمل بدون النية نفي وجوده كذلك لم يرد به نفي صحته لعدم الصحة
فان اكثر الاعمال يصح بدون النية كما ان كلها توجد بدونها وحملها على
العبادات يبطل الاحتجاج اذ غاية ما لزم منه حينئذ ان لا يكون الوضوء
بدون النية عبادة ونحن لا ننكره كما ستقف عليه عن قريب على انه حينئذ
يضيع التكلف في الصرف عن الظاهر وهو نفي الوجود الى نفي الصحة لان
العمل العاري عن النية ليس بعبادة فوجودها مشروط بالنية بل
اريد به نفي اعتباره بدونها اعني اعتباره ديانة قضاء لانا نحكم بالظاهر
والله يتولى السرائر فكانه قيل انما اعتبار الاعمال بينه وبين الله تعالى
بالنيات وذلك ان العمل الواحد بعينه يكون بنية حراما وباخرى حلالا
بل مندوبا او واجبا كالاكل فوق الشبع فانه حرام بقصد التشهي
والتلذذ ومباح بل مندوب بقصد ان لا يستحي الضيف الجائع او الرامي
الى مسلم تترس به الكفار فانه حرام بقصد قتل المسلم وفرض بقصد دفع
مضرة الكفار اذا انحصر الطريق فيه فموجب الحديث على هذا المعنى ان لا يكون
لعمل من الاعمال اي عمل كان وزن واعتبار عند الله تعالى الا بنية صالحة

وبذلك ينتهض حجة على اشتراط النية في عامة العبادات لا على اشتراطها
في صحة الاعمال والله اعلم بحقيقة الحال ودليلنا على عدم الفرضية
انه عليه السلام علم الاعرابي الوضوء ولم يذكر النية ولو كان مما لا بد منه
لما اسقطها فان قلت اليس كل عارف باللغة يفهم من قوله تعالى اذا
قمتم الى الصلوة فاغسلوا الآية ان المأمور به هو الغسل لاجل الصلوة
لا الغسل مطلقا كما يفهم من قولك اذا اردت الدخول على الامير فتأهب
ان المراد فتأهب له قلت بلى ولكن الكلام فيما هو مفتاح الصلوة
لا في الوضوء المأمور به وبينهما فرق على ما بين في موضعه من كتب
الاصول والفروع تبقى منها شيء وهو ان الظاهر من تصدر بيان
فرض الوضوء وسننه بالآية المذكورة وترتيبه عليها ان يكون
الكلام في الوضوء المأمور به والترتيب نص عليه اراد التنصيص من
قبل الشارع كما هو المتبادر وذلك انه عليه السلام لما بين الترتيب
المسنون بفعله حيث واظب عليه كان فعله ذلك نصا من قبيل السنة
الفعلية لا التنصيص في آية الوضوء لانها خلو عن الدلالة عليه تا
دهل المشاجرة بيننا وبين المخالفين الا فيه فان قلت اليس ذكره
في النص المذكور مرتبا قلت بلى ولكن الترتيب في الذكر لا يدل على
الترتيب في الوجود ولذلك لم يتمسك المخالف به بل تمسك بحرف الباء
ورد عليه باتفاقهم على انها في المجموع لا في غسل الوجه وحده ولا يخفى عليك
ان مبنى الاحتجاج على ان يكون وضع الفاء الجزائية للتعقيب بدون الفصل

ولم يثبت ذلك كيف ولو كان كذلك لما صح الفصل بين القصد الى الصلوة
والوضوء بعمل آخر ومن رام زيادة تفصيل في هذا المقام فلينظر على
ما علقناه على الهداية في سلك المطالعة والولاء اي الموالاة بين
افعال الوضوء بحيث يكون غسل المتاخر او مسحه قبل ان يجف المتقدم وهو
فرض عند مالك والدليل على سنية هذه الامور كلها مواظبته عليه السلام
مع الترك في الجملة عند العمل او عند التعليم ومستحبه التيامن اي الابتداء
باليمين في غسل الاعضاء فان قلت قد واظب النبي عليه السلام على
التيامن فكان حقه ان يكون من السنن قلت انما واظب عليه على
سبيل العادة والمعتبر في السنية المواظبة على سبيل العبادة ومسح الرقبة
وناقضه ما خرج من السبيلين المراد ما اعتاد خروجه وان لم يخرج
على الوجه المعتاد لا بد من التخصيص بالخارج المعتاد اخراجا للريح الخارجة
من الذكر والقبل من الحد المذكور لانها لا تنقض الوضوء نص عليه
في الهداية ومن التعميم للخروج لا على الوجه المعتاد ادخالا للدم [illegible]
وما خرج من دودة من البلة فيه فافهم هذا الاعتبار الدقيق فانه
قد ذهب على كثير من الناظرين في هذا المقام او من غيره اي من غير
السبيلين ففيه تنبيه على ان المضاف مقدر في قوله من السبيلين ولفظة
او لتنويع المخرج لا لتنويع الخارج يرشدك الى هذا عطف باقي النواقض
بالواو ان كان اي الخارج من ذلك الغير نجسا بفتح الجيم وهو عين النجاسة
سال اي بقوة نفسه لا بالعصر الى ما يطهر اي الى موضع يجب ان يطهر في

الوضوء او في الغسل بالغسل او بالمسح عند عدم العذر الشرعي لا بد من
هذا التعميم حتى ينتظم الموضع الذي سقط عنه حكم التطهير بعذر ا علم
انهم اختلفوا في الخارج من غير السبيلين فقال اصحابنا اذا خرج وسال
عن راس الجرح نقض الوضوء وان لم يسل عنها لا ينقضه وقال زفر ينقضه
كما خرج سال او لم يسل وقال الشافعي لا ينقضه سال او لم يسل كذا في شرح
الطحاوي وفي قوله وسال عن راس الجرح دلالة على ان المراد بالسيلان
ههنا السيلان عن المخرج ثم ان الرواية محفوظة عن اصحابنا في ان المعتبر
هو قوة السيلان اي يكون الخارج بحيث يتحقق فيه قوة ان يسيل بنفسه
عن المخرج ان لم يمنع مانع سواء كان وجد السيلان بالفعل الى موضع
يجب تطهيره او لم يوجد كما اذا مسحه وكما اذا خرج بخرقة ثم وثم فاذا تقرر
هذا فالنقض بصورة القصد غير وارد والقصد الى التفصي عنه بصرف
قوله الى ما يطهر عن التعلق بقوله سال الى قوله خرج تعسف بارد بل
تصرف فاسد اذ حينئذ ينقض الحد بما اذا غرز جانب العين وسال منه
الدم الى الجانب الآخر فان الحد على التقدير المذكور يصدق عليه مع ان
الوضوء لا ينتقض به ذكره الزاهدي في شرح مختصر القدوري فلا نقض
دودة خرجت من جرح لانها طاهرة وما عليها من البلة قليلة وانما
قال من جرح لانها اذا خرجت من الدبر او القبل تنقض لما مر ان البلة
الخارجة منهما تنقض وان كانت قليلة ولحم سقط منه اي من الجرح
لما ان المسئلتان مندرجتان تحت مفهوم قوله ناقضه ما خرج من

السبيلين او من غيره ان كان نجسا سال وقد مر ان المفهوم معتبر في
الروايات اتفاقا فحفظهما عند الذكران تذكرا ههنا مصدريين باداة التنويع
والقي دما رقيقا اي ما يقاخرج بقوة نفسه لا بقوة البزاق ان احمر
البزاق بان كان غالبا عليه او مساويا له لا ان اصفر به وغيره مرة كان
او طعاما او ماء او علقا ان ملأ الفم وحده الصحيح على ما نص عليه في
الجامع الصغير ان لا يمكنه الامساك الا بكلفة ومشقة لا بلغما اصلا
قليلا كان او كثيرا مرتقيا كان من الجوف او نازلا من الراس خلافا لابي
يوسف في المرتقي اذا كان ملأ الفم وهو يعتبر الاتحاد في المجلس ومحمد
في السبب بجمع ما قاء قليلا قليلا اراد بالسبب الغثيان فان كان
بغثيان واحد يجمع عنده وان كان في مجالس والا فلا وعند ابي يوسف
ان كان في مجلس واحد يجمع وان لم يكن بغثيان واحد والا فلا وما ليس
بحدث يعني القلة ليس بنجس بكسر الجيم وهو ما لا يكون طاهرا فلا نقض بالجرح
القائم والرعاف الدائم وعن محمد في غير رواية الاصول انه نجس لا حجة
عليه في قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الآية لان الاستثناء على
ما ذكره الكشاف وغيره من المحرم من الاطعمة التي حرموها لا من مطلق المحرم
اما الفرق بين الدم السائل وغيره بانه اذا سال عن راس الجرح علم انه
دم انتقل من العروق الآن وهو الدم النجس واذا لم يسل علم انه دم
العضو فليس بذاك لان امر السيلان وعدمه كثيرا ما يدور على سعة المخرج
وضيقه فلا يصح الاستدلال المذكور ونوم متكئ ذكر حكم المتكئ فعلم منه

حكم المصطلح بالطريق الأولى • الى ما • اى مستنداً الى شيء لو ازيل • اى ذلك
الشيء سقط فالمراد من الاتكاء هو الاستناد لا ما فسّل انه وضع الرأس
على الركبتين او على اليدين لان النوم على هذا الوجه ايضاً لا ينقض الوضوء
الا اذا وجد الاستناد الى شيء لو ازيل سقط نص على ذلك في شرح الطحاوي
والاغماء وهو مرض معروف والجنون • اى على اى صفة كانا والفرق
بينهما ان العقل بالاغماء لما عرفت انه مرض والسكر ليس بمرض وهذا
على ما اختاره الصدر الشهيد ان لا يفرق الرجل من المرأة • وقهقهة بالغ
عمداً كان او سهواً نائماً كان او يقظاناً به اخذت عامة المتأخرين
احتياطاً وحدّها ان يسمعها نفسها وجيرانها وللشافعي خلاف في انتقاض
الوضوء بالقهقهة • في صلوة مطلقة • اى ذات ركوع وسجود في اصلها
سواء ركع او سجد او اومى بعذر ثم انه لا يلزم ان يكون حالي الركوع والسجود
والمباشرة الفاحشة • وحدّها ان يتماس الفرجان والآلة منتشرة
ومن زاد على هذا فقد تماس البدنين مجردين فقد جاوز الحد • خلافاً لمحمد
لا مس المرأة والذكر • خلافاً للشافعي • وفرض الغسل • هو في اللغة اسم الماء
الذي يغتسل به وفي عرف الشرع اسم للطهارة الكبرى على ما مر في اول
الكتاب • المضمضة والاستنشاق خصّهما بالذكر اهتماماً بموضع الخلاف فانهما
سنتان عند الشافعي هذا الوجه بحسب النظر الجلي واما ما هو بحسب النظر
الدقيق فهو ان في حدّهما قيدين زائدين على مطلق غسل الفم والانف على ما مر بيانه
فلا يغني عن ذكرهما قوله • وغسل البدن • ركن الغسل اسالة الماء على جميع

ما يمكن اسالته عليه من البدن من غير حرج مرة واحدة حتى لو بقيت
لمعة لم يصبها الماء لم يتم الغسل وان كانت يسيرة لان المأمور تطهير
جميع البدن واسم البدن يقع على الظاهر والباطن فيجب تطهير ما يمكن تطهيره
بلا حرج ولهذا وجبت المضمضة والاستنشاق في الغسل فانه لا حرج في
ايصال الماء الى داخل الفم والانف وعدم وجوبهما في الوضوء لان الواجب
هناك غسل الوجه وداخل الفم والانف خارجان عن حدّه ويجب ايصال الماء
الى داخل السرة وثقب القرط وعلى المرأة غسل الفرج الخارج لعدم الحرج
وكذا الاقلف يجب عليه ايصال الماء الى القلفة وقال بعضهم لا يجب ولكن
يصح اذ لا حرج فيه صرح بهذا كله في البدايع • لا دلكه • خلافاً لمالك وسننه
ان يغسل يديه • ولم يقل غسل يديه كما قال غسل اليدين عند بيان فرضه
مع انه اخصر لان الغرض يتم بمطلق الغسل ولو بدون صنعه بخلاف
السنة اسقط قولهم وفرجه لان قوله • ويزيل نجساً • بالفتح ان كان
يعني على بدنه يغني عنه لان الفرج انما يغسل لاجل النجاسة ذكره في التبيين
ثم يتوضأ • اى يستعمل الماء في اعضاء الوضوء فالاستثناء بقوله الا رجليه •
متصل ان كان في المستنقع • انما قيده لانه اذا لم يكن فيه لا يؤخر غسل
الرجلين لانه يؤخره الا انه لا يغسلهما هناك • ثم يفيض الماء على بدنه
لا فاضة الكثرة والتوسعة يقال فاض عليه نعمة • ثلاثاً • ثم يغسل رجليه وليس على
المرأة نقض ضفيرتها • فيه اشارة الى ان عدم الوجوب ههنا لان في النقض
ثم الغسل حرجاً فاذا كانت منقوضة يجب ايصال الماء الى اثناء الشعر كما في اللحية

لعدم الحرج وانما خص المرأة بالذكر لان الخطوط في الرجل اذا كان حشفة
الشعر الفعل بالوجوب ولا يلحقها اذا ابتل اصلها هذا هو الصحيح وموجبه
انزال مني انزال المني ناقض الطهارة الكبرى وموجب لاخرى بخلاف
الحدث الاصغر فانه ناقض لطهارة صغرى لا موجب لاخرى وكذلك قال ثمة
وناقضه دون وموجبه واعلم ان موجب الغسل الجنابة والانزال
موجبها وهو انما يوجب الغسل بواسطتها وسياتي تتمة هذا الكلام وتحقيق
عند ذلك على تقرير هذا التوسط باذن الله تعالى ذي دفق وشهوة
نقضه السابق وايجابه اللاحق مشروطان بهذا القيد عندنا خلافا للشافعي
عند الانفصال فقط في قول ابي حنيفة ومحمد وعند الخروج ايضا في قول
ابي يوسف فاذا انفصل عن مكانه بشهوة واخذ راس العضو حتى سكنت
شهوته فخرج بلا شهوة يجب الغسل عندهما لا عنده وكذا لو اغتسل قبل ان يبول
او ينام او يمشي فخرج بقية المني يجب الغسل عندهما لا عنده وغيبة حشفة
او قدرها اذا كان مقطوع الراس في قبل او دبر بشرط ان يكون المفعول
حيا وانما لم يذكره لانفهامه من قوله على الفاعل والمفعول به فان الغسل
انما يجب على الحي ولا بد فيه من قيد البلوغ وانما تركه اعتمادا على ان كونه شرطا
في التكاليف كلها معلوم في اصول هذا الفن ورؤية المستيقظ
المني او المذي معا وان لم يتذكر الاحتلام فان ما ظهر في صورة المذي
يحتمل ان يكون منيا رق بحرارة البدن او باصابة الهواء فمني وجب
من وجه فالاحتياط في الايجاب وفيه خلاف لابي يوسف وانقطاع الحيض

والنفاس لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن على قراءة التشديد والتحقيق
ان سبب الوجوب ههنا هو الحدث الحكمي الثابت بخروج الدم الا ان
ايجابه الغسل مشروط بانقطاعه فلذلك نسب الايجاب اليه وهذا الحدث
الحكمي بمنزلة الجنابة الثابتة بسبب الانزال او الادخال يفصح عن ذلك
ما في الذخيرة من ان المسافرة اذا طهرت عن الحيض فتيممت ثم وجدت
الماء جاز للزوج ان يقربها لكن لا تقرأ القرآن لانها لما تيممت فقد خرجت
من الحيض فلما وجدت الماء وجب عليها الغسل فصارت بمنزلة الجنب
وبهذا ظهر ما في الفرق الذي ذكره من قال لما كان الانقطاع سببا
فاذا انقطع ثم اسلمت لا يلزمها الاغتسال اذ وقت الانقطاع كانت
كافرة وهي غير مامورة بالشرائع عندنا ومتى اسلمت لم يوجد السبب
وهو الانقطاع بخلاف ما اذا اجنبت الكافرة ثم اسلمت حيث يجب
عليها غسل الجنابة لان الجنابة امر مستمر فتكون جنبا بعد الاسلام
والانقطاع غير مستمر فان مبناه على ان لا حدث لها بالحيض والنفاس
حدث حكمي يستمر مثل الجنابة وقد عرفت حال ذلك المبني قوله ومتى اسلمت
لم يوجد السبب يرد عليه ان الحال كذلك فيما اذا انتقض تيممها
فانه ربما يعود الحدث ثم قلنا لا بد من القول ههنا ايضا والتفرقة
بينهما تحكم ولا شبهة في انها لا تبقى طاهرة بعد انتقاض تيممها فلا جرم
تكون محدثة اذ لا واسطة اذ لا واسطة بينهما فثبت ان ههنا
حدثا حكميا وراء الانقطاع فعند هذا اتضح المرام وانقطع الكلام وحمد الله

الملك العلام • لا وطئ بهيمة بلا انزال • وكذلك الميتة ذكره في الفتاوى
الظهيرية • وسن • عطف على ما قبله من حيث المعنى كانه قال فرض الغسل
كذا وسن للجمعة اي لصلوتها على ما هو ظاهر الرواية • والعيدين ولا
وعرفة صحها غسل آخر لا فرض ولا سنة بل واجب هو غسل الميت
ويجوز الوضوء بماء السماء والارض كالمطر والعين • واما الثلج فاذا
كان ذائبا يجوز به الوضوء لانه من جملة ماء السماء وفي قوله كالمطر اشارة
الى ذلك • وان تغير بالمكث • لم يقل بطول المكث لان المياه متفاوتة
بعضها يتغير في ادنى مدة وقيد الطول يؤذن تغير الحكم عند تغيره بسرعة
واعلم انه اذا انتن الماء فان علم ان نتنه للنجاسة لا يجوز به الوضوء
والا يجوز حملا على ان نتنه بطول المكث • او غير احد اوصافه اي الطعم
او اللون او الرائحة والتغيير على الحقيقة في الاولين دون الاخير فلا بد
من المصير الى عموم المجاز وانما قال احد اوصافه احترازا عن محل الخلاف
شئ طاهر كالتراب والزعفران • فائدة التفصيل بيان ان الحكم لا يختلف
بكون المخلوط من جنس الارض كالتراب او شيئا آخر كالزعفران • وبماء جار
اختلفوا في حد الجاري والذي ليس في ذكره خرج ما يذهب بتبنة او ورق
فيه نجس لم ير اثره • اي طعمه او لونه او ريحه فان قلت هذا باطلاقه
يتناول المرئي وغير المرئي والحكم المذكور مخصوص بالثاني قلت اكتفى بدلالة
قوله لم ير اثره على ان المراد ما لم ير عينه فان النجس اذا كان مرئيا يترتب
الحكم على عينه لا على اثره قال صاحب التحفة اما اذا وقع في الماء اما ان يكون

جاريا او راكدا فان جاريا ان كانت النجاسة غير مرئية فانه لا يتنجس ما لم يتغير
لونه او طعمه او ريحه وان كانت مرئية مثل الجيفة ونحوها فان كان النهر كبيرا
فانه لا يتوضأ من اسفل الجانب الذي وقعت فيه النجاسة ولكن
يتوضأ من الجانب الآخر لانه متيقن بوصول النجاسة الى الموضع الذي
يتوضأ منه وان كان النهر صغيرا بحيث لا يجري بالجيفة بل يجري الماء
عليها فان كان يجري عليها جميع الماء فانه لا يجوز التوضؤ به من اسفل
الجيفة لانه تنجس جميع الماء والنجاسة لا تطهر بالجريان وان كان يجري
عليها بعض الماء فان كان يجري عليها اكثر الماء فهو نجس وان كان
يجري عليها اقل الماء فهو طاهر لان العبرة بالغالب وان كان يجري
عليها النصف يجوز التوضي به في الحكم لكن الاحوط ان لا يتوضأ به
الى هنا كلامه وفي البدايع ايضا على هذا التفصيل وبهذا اتضح ما
في قول من قال واذا سد كلب عرض النهر ويجري الماء فوقه ان كان
ما يلاقي الكلب اقل مما لا يلاقيه يجوز الوضوء في الاسفل والا فلا • وبماء
مات فيه حيوان مائي المولد • احترز به عن مائي المعاش دون المولد
كالبط فان موته فيه ينجسه • كالسمك والضفدع • بكسر الدال • او ما ليس له
دم سائل كالبق والذباب • لانعدام المنجس وهو الدم المسفوح وفيه خلاف
الشافعي وحديث وقوع الذباب في الطعام حجة عليه • لا بما اعتصر • الرواية
بالقصر كانهم ابوا عن اطلاق اسم الماء عليه ايماء الى قصوره عن حد الماء المطلق
ولذلك لا يجوز التوضي به • من شجر او ثمر • اما ما يقطر من الشجر فيجوز به الوضوء

كالاشربة والخل نظير ما اعتصر من الشجر والثمر فان شراب الريباس معتصر من الشجر
وشراب التفاح مثلا معتصر من الثمر ولا بماء زال طبعه وهو الرقة والسيلان
بغلبة غيره اجزاء كماء الباقلاء او تغير بالطبخ معه اي مع الغير وهو ما لا يقصد
بخلطه النظافة كالمرق وانما شرط ان لا يكون ذلك الغير مما يقصد بخلطه
النظافة لانه لو كان من جنس ما يقصد بخلطه النظافة كالاشنان والصابون
يجوز ان يتوضأ به ولا بماء راكد وقع فيه نجس الا اذا كان عشرة
اذرع في عشرة اذرع ولا ينحسر ارضه بالغرف فحكمه حكم الماء الجاري فان كان
النجاسة مرئية لا يتوضأ من موضع النجاسة بل من الجانب الآخر وان
كانت غير مرئية يتوضأ من جميع الجوانب وكذا من موضع غسالته قال
محي السنة التقدير بعشر في عشر لا يرجع الى اصل شرعي يعتمد عليه وكأنه
لما قال انه لا يرجع الى اصل شرعي استشعر ان يتكلف ويقال بل يرجع الى
اصل شرعي وذلك ان التقدير به بناء على قوله عليه السلام من حفر بئرا فله حريمها
اربعون ذراعا تداركه بزيادة قوله يعتمد عليه تقييدا للاصل المنفي وبتلك
الزيادة اندفع ما قيل علم من الحديث المذكور ان الشرع اعتبر العشر في عدم
سراية النجاسة اندفاعا ظاهرا لان فيه قياس السراية في الماء على السراية في
الارض ولا وجه له ولقد احسن صاحب الهداية حيث قال ان ذلك التقدير
توسعة للناس ولا بماء استعمل لقربة فالسبب اقامة القربة لان نيتها
قد توجد ولا قيام القربة فلا يتحقق الاستعمال او رفع حدث اعلم ان ههنا اختلافات
الاول في انه باي شيء يصير الماء مستعملا فعند الشيخين باحد الامرين المذكورين

وعند محمد بالاول فقط وعند زفر والشافعي بالثاني فقط قال في البدائع
هذا الاختلاف لم ينقل عنهم نصا لكن مسائلهم تدل عليه ثم قال لو اغتسل
المحدث او توضأ للتبرد صار الماء مستعملا عند الشيخين وزفر والشافعي
لوجود ازالة الحدث خلافا لمحمد لعدم اقامة القربة وهذا القول منه صريح
في ان الشافعي لا يقول باشتراط النية في ازالة الحدث نعم قال به في صحة
الوضوء الذي هو شرط الصلوة ومن لم يفرق بين المفهومين قال ازالة
الحدث لا تتحقق الا بنية القربة عنده بناء على اشتراط النية في الوضوء
والاختلاف الثاني في انه متى يصير مستعملا ذكر كثير من المشايخ وهو قول سفيان
الثوري انه لا يكون مستعملا حتى يستقر في مكانه ارضا كان او اناء او كف
المستعمل لان صون الثياب عنه متعذر فتحقق الضرورة وفي الهداية
الصحيح انه لما زايل العضو صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال
للضرورة بعده ولا يذهب عليك ان هذا الدليل انما ينتهض على اصل
من قال انه طاهر غير طهور كما ان التعليل الاول انما ينتهض على اصل
من قال انه نجس والاختلاف الثالث في حكمه فعند ابي حنيفة هو نجس بنجاسة
غليظة وعند ابي يوسف نجس بنجاسة خفيفة وعند محمد طاهر غير طهور
هكذا ذكره مشايخ ما وراء النهر واثبتوا فيه الخلاف بين الثلثة وقال
مشايخ العراق انه طاهر غير مطهر عند اصحابنا ذكره في التحفة وغيره وقال
في الغاية وهو اختيار المحققين من مشايخ ما وراء النهر وقال الاسبيجابي
وعليه الفتوى وفي البدائع ان الامة اجمعت على ان من كان في السفر ومعه

ماء يكفيه لوضوئه وهو خائف على نفسه العطش يباح له التيمم ولو بقي طاهرا
بعد الاستعمال لما ابيح لانه يمكنه ان يتوضأ ويأخذ الغسالة في اناء نظيف
ويمسكها للشرب وللقائل ان يقول الطهارة لا تستلزم جواز الشرب
كما انها لا تستلزم جواز الاكل على ما سيأتي عن قريب فيحتمل ان يكون الماء المستعمل
طاهرا ومع ذلك لا يجوز شربه فلا يتم الملازمة القائلة ولو بقي طاهرا الى آخره
وسيأتي وجه آخر في دفع ما ذكر باذن الله تعالى • وكل اهاب دبغ فقد طهر
الاهاب اسم لجلد غير مدبوغ والدباغة ازالة النتن والرطوبات النجسة
من الجلد الا جلد الخنزير • فقدم جلد الخنزير تحقيرا لانه في مقام الاهانة وفي
ظاهر الرواية ان جلد الخنزير لا يندبغ ذكره في المبسوط لانه يندبغ ولا يطهر
فان قلت فعلى هذا يشكل الاستثناء المذكور لان المفهوم منه انه يندبغ لكن
لا يطهر قلت الاستثناء من جهة المعنى فكأنه قال كل اهاب يطهر بالدباغة
الا جلد الخنزير والآدمي • استثناؤه مع الخنزير يدل على انه لا يطهر وليس كذلك
فانه اذا دبغ يطهر ذكره في الغاية ولكن لا يجوز الانتفاع به كسائر اجزائه قال
شيخ الاسلام في مبسوطه واما جلد الكلب فعن اصحابنا فيه روايتان في رواية
يطهر بالدباغة وفي رواية لا يطهر وهو الظاهر من المذهب فالحصر المذكور
على خلاف الظاهر • وما طهر جلده بالدبغ طهر بالذكوة • هي عبارة عن الذبح الشرعي
واشترط فيه اهله ومحله وذكر التسمية تحقيقا او تقديرا • وكذا لحمه وان لم
يؤكل والا فلا • اي ما لا يطهر جلده بالدبغ لا يطهر بالذكوة لا جلده ولا لحمه • وشعر الميتة
اراد بها غير الخنزير لانه بجميع اجزائه نجس العين • وعظمها وعصبها • اكتفى بذكرهما

عن ذكر القرن والحافر • وشعر الانسان وعظمه طاهر فيجوز صلوة
من اعاد سنه الى فمه وان جاوز قدر الدرهم • افرد هذه المسئلة
بالذكر مع انفهامها من قوله وعظمه طاهر خلافا لمحمد فيه فانه لا تجوز الصلوة
به اذا كان اكثر من قدر الدرهم

فصل

بئر فيها نجس او حيوان •
لم ينفخ او مات فيها حيوان اذ لا تأثير لموته فيها • منتفخا او منفسخا
كل من الانتفاخ والتفسخ قد ينفك عن الآخر فلذلك ذكرهما معا
او كلب او شاة او آدمي ميت • قيد الميت للثلثة وتأخير الآدمي لنكتة
تنبهت عليها • ينزح كل مائها • الذي كان فيها وقت الوقوع ولا يعتبر النزح
قبل اخراجه ولا بد منه وانما لم يصرح به احالة على الدلالة • ان امكن
والا فقدر ما فيها • في ذلك الوقت ويؤخذ في التقدير بقول رجلين
لهما بصارة في امر الماء هذا هو الصحيح وعليه الفتوى • وفي نحو حمامة
او دجاجة وجد ميتا فيها اربعون الى ستين • ينزح الاربعين بطريق
الايجاب والستين بطريق الاستحباب • وفي نحو فارة او عصفور عشرون
الى ثلثين والمعتبر الدلو الوسط • وهو الذي يسع فيه صاع وهو
ثمانية ارطال • وغيره • اكبر كان او اصغر احتسب به لان العبرة للماء
دون الصور صرح به في الجامع الصغير • ونجس البئر من وقت الوقوع
ان علم ذلك والا فمنذ يوم وليلة ان لم ينتفخ ومنذ ثلثة ايام ولياليها
ان انتفخ وقالا منذ وجد • وسور الآدمي • الا حال شرب الخمر • والفرس
وكل ما يؤكل طاهر • والكلب والخنزير • خلافا لمالك • وسباع البهائم نجس

والهرة والدجاجة المخلاة وهي التي يصل منقارها الى ما تحت رجليها
وسباع الطير وسواكن البيوت مكروه والحمار والبغل مشكوك فيه الشك
في طهارته وقيل في طهوريته وقيل فيهما جميعا يتوضأ به ويتيمم ان
عدم غيره والعرق كالسؤر لم يقل معتبر بالسؤر لان موجب تعليلهم القائل
لان السؤر مخلوط باللعاب وحكم العرق واللعاب واحد لان كليهما متولد
من اللحم اعتبار السؤر بالعرق كما لا يخفى وان عدم الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة
بالوضوء فقط وابو يوسف بالتيمم فحسب ومحمد بهما وروى نوح رجوع
ابي حنيفة الى قول ابي يوسف ذكر في المبسوط ان المسكر منه لا يجوز الوضوء به
لانه حرام **باب التيمم** هو لغة القصد وشرعا طهارة حاصلة باستعمال
الصعيد الطاهر في عضوين مخصوصين على قصد مخصوص والمراد من الاستعمال
ما يعم الحكمي فيوجد في التيمم بالحجر الاملس هو مبتدأ خبره ضربتان مع ما عطف عليه
لمحدث وجنب وحائض ونفساء عجزوا عن الماء اي عن ماء يكفي
لطهارته فلو كان للجنب ماء يكفي للوضوء لا للغسل يتيمم ولا يجب عليه
الوضوء خلافا للشافعي لبعده ميلا لم يذكر حد البعد في ظاهر الرواية
وروى عن محمد انه قدره بالميل والميل ثلث الفرسخ وقال الحسن بن
زياد من تلقاء نفسه ان كان الماء امامه يعتبر ميلان وان كان
يمنة او يسرة يعتبر ميل واحد كذا في البدايع او لمرض سواء خاف ازدياده
او طوله باستعمال الماء او بالتحرك ولا يشترط خوف التلف خلافا للشافعي او لم
يقدر على استعماله بنفسه ولم يجد من يوضيه فان وجد من يوضيه على

ظاهر المذهب لا يتيمم لانه قادر وروى عن ابي حنيفة انه يتيمم
وعندهما لا يتيمم او برد ان استعمل يضره وقالا لا يجوز في المصر
لخوف البرد ثم ان رخصة التيمم بسبب البرد ثابتة للمحدث المصاب
البرد على ما ذكره الامام السرخسي واما على ما ذكره الحلوائي فلا رخصة له
بذلك السبب بالاجماع وفي الحقائق الصحيح ما قاله الحلوائي او عدو
ويجب ان يعلم ان المانع عن الوضوء اذا كان من جهة العباد كاسير
يمنعه الكفار عن الوضوء ومحبوس في السجن والذي قيل له ان توضأت
قتلتك يجوز له التيمم لكن اذا زال المانع يعيد الصلوة او عطش
عطش رفيقه كعطشه وكذا عطش دابته وكلبه ولذلك اطلق
العطش فان قلت اليس يمكنه ان يتوضأ ويأخذ الغسالة في اناء
لدابته وكلبه قلت حينئذ لا يتحقق خوف عطش دوابه وكلابه والكلام
على ذلك التقدير فتقدير الخوف المذكور متضمن لتعذر حفظ الغسالة
بعدم الاناء ومن هنا خرج الجواب عما نقلناه عن صاحب البدايع فيما سبق
فتذكر او عدم آلة وخوف فوت صلوة العيد في الابتداء وهذا
بالاتفاق وبعد الشروع متوضيا فاحدث اي شرع فيها متوضيا
ثم سبقه الحدث وخاف انه ان توضأ يفوته الصلوة جاز له التيمم
للبناء خلافا لهما وانما قال متوضيا ليعلم الحكم فيما اذا كان الشروع
متيمما بطريق الدلالة او صلوة الجنازة لغير الولي هذا على رواية الحسن
قال في الهداية وهو الصحيح وفي ظاهر الرواية انه يجوز للولي ايضا قال

شمس الائمة هو الصحيح لا لفوت الجمعة والوقت لانها تفوت الى بدل
وانما قال على وفق ما في الهداية والوقت دون الوقتية لانها لا تفوت
ضربة لمسح وجهه يمسح بها وجهه بحيث لا يبقى منه شيء فيمسح الوترة التي بين
المنخرين ولا يجوز المسح باقل من ثلث اصابع كمسح الرأس والخفين وضربة
ليديه مع مرفقيه ولا يشترط الترتيب عندنا وانما آثر عبارة الضرب
على عبارة الوضع لكونها ماثورة والا فهي ليست بفرضية لان فان
محمدا قد نبه في بعض روايات الاصول على ان الوضع كاف والمراد
بيان كفاية الضربتين لانه لا بد في التيمم منهما كيف وقد ذكر في كتاب الصلوة
لو كنس دارا او هدم حائطا او كال حنطة فاصاب وجهه وذراعيه
غبار لم يجزه ذلك من التيمم حتى يمر يده عليه ويجب تخليل الاصابع ان
لم يدخل بينهما غبار فيحتاج الى ضربة ثالثة لتخليلها ذكره في الذخيرة
وفيه نظر لان العبرة للمسح لا لاصابة الغبار وموجب ذلك ان يجب
مسح ما بين الاصابع على كل طاهر من جنس الارض فلا يجوز على مكان فيه
نجاسة وقد زال اثرها مع انه يجوز الصلوة فيه في ظاهر الرواية لانه
لا يخلو عن اجزاء النجاسة وهي وان قلت تنافي وصف الطيب
ولا يمنع جواز الصلوة وفي رواية ابي يوسف يجوز لاستحالتها ايضا
ذكره في البدايع كالتراب والرمل والحجر خلافا لابي يوسف في الحجر وللشافعي
في الرمل ايضا ولو بلا نقع خلافا لمحمد وعلته اي على النقع مع قدرته
على الصعيد خلافا لابي يوسف والقانون الفارق بين جنس الارض

وغيرها ان كل ما يحترق بالنار فيصير رمادا كالشجر والحشيش وينطبع و
يلين كالحديد والصفر والذهب والفضة والزجاج ونحوها فليس
من جنس الارض ذكره في التحفة بنيته خلافا لزفر نية الطهارة
او نية عبادة مقصودة لا تصح بدون الطهارة فلغى تيمم كافر
لا وضوؤه وقال زفر يجوز تيممه ايضا لان النية ليست بفرض عنده
فيعتبر تيممه وهي فرض عندهم ولا نية للكافر فيلغو تيممه وعن ابي يوسف
انه اذا نوى به الاسلام صح ويصلي به اذا اسلم لانه من اهل الاسلام فيصح
تيممه له بخلاف ما اذا نوى الصلوة لانه ليس من اهلها ولا يشترط
نية التيمم للحدث او الجنابة هو الصحيح من المذهب ثم المعتبر في التيمم
في حق الصلوة نية الطهارة او عبادة مقصودة لا تصح بدون الطهارة
خلافا لابي يوسف فان شرط صحة التيمم في حق جواز الصلوة عنده
ان ينوي قربة مقصودة سواء صحت بدون الطهارة كالاسلام
او لم تصح كالصلوة فان تيمم لصلوة الجنازة او سجدة التلاوة يجوز
اداء المكتوبات بذلك بالاتفاق وان تيمم لمس المصحف ودخول
المسجد لا يصح به الصلوة لكن يحل له مس المصحف ودخول المسجد
بالاتفاق ويصلي به ما شاء من فرض ونفل خلافا للشافعي ويصح
اي التيمم للوقتية قبل الوقت خلافا للشافعي لا خلاف في صحة التيمم قبل
دخول وقت الصلوة حتى يصح التيمم لصلوة ضحوة النهار بالاتفاق
وانما الخلاف في انه يصح اداء الوقتية بذلك التيمم او لا ومدار هذا الخلاف

وما قبله على ان التيمم خلف مطلق حال عدم الماء عندنا فيجوز التيمم للصلوة
قبل دخول وقتها عند عدم الماء وعنده خلف ضروري ولا ضرورة قبل
الوقت فلا يجوز ولا تأثير في ذلك للخلاف الواقع بين اصحابنا في ان البدلية
بين التراب والماء كما قالا او بين التيمم والوضوء عند عدم الماء كما قال
محمد انما تأثيره في صحة امامة المتيمم للمتوضئ • وقبل طلبه من رفيقه ماء
لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير • خلافا لهما • فانهما قالا لا يصح قبله لانه
مبذول عادة وكان الغالب الاعطاء • هذا على وفق ما في الهداية
والايضاح والتقريب وغيرها وفي التجريد ذكر محمد مع ابي حنيفة وفي
الذخيرة عن الجصاص انه لا خلاف فان قوله فيما اذا غلب على ظنه منعه
اياه وقولهما عند غلبة الظن بعدم المنع وقال في المبسوط يجب الطلب الا على
قول الحسن بن زياد وفي البدائع الماء في السفر من اعز الاشياء فلم يكن
مبذولا عادة • وصح بعد الطلب والمنع بلا خلاف • حتى اذا صلى بعد المنع ثم
اعطاه ينتقض تيممه الآن فلا يعيد ما قد صلى به • وينقضه ناقض الوضوء
وقدرته على ماء • زوال التيمم عند القدرة على الماء ليس من قبيل النقض
حقيقة بل من قبيل الانتهاء فاكثر المراد به ظهور الحدث السابق عند
القدرة على الماء لان القدرة في الحقيقة غير ناقضة اذ ليست بخارج
نجس حقيقة ولا حكما ولكن انتهت طهورية التراب عندها لانه لم يجعل
طهورا الا الى وجود الماء فاذا وجد بقي محدثا بالحدث السابق • كاف
لطهره لانه اذا لم يكن كافيا يكون وجوده كعدمه فلا ينتقض تيممه خلافا

للشافعي رحمه الله فانه يقول يغسل بقدر ذلك ثم يتيمم والقدرة المعتبرة
ههنا انما تثبت اذا لم يجب صرفه الى جهة اهم فلو كان على بدنه او ثوبه
نجاسة يصرفه الى النجاسة ويتيمم • لا ردته • خلافا لزفر ويظهر الخلاف في
جواز الصلوة بعد الاسلام فان قلت هذا القول من زفر يقتضي
ان النية في التيمم واجب عنده قلت يجوز ان تكلم فيه على قول
من يرى فيه وجوب النية كما تكلم ابو حنيفة رحمه الله في المزارعة على قولهما
وان كان هو لا يرى جوازها • ندب لراجيه تأخير الوقتية الى آخره
ليؤديها باكمل الطهارتين ولا يجب عليه ذلك لان العدم ثابت حقيقة
فلا يزول حكمه بالشك • ويجب طلبه قدر غلوة • وهي رمية السهم وقدر
بثلثمائة ذراع الى اربعمائة • لو ظنه قريبا والا فلا • قال الشافعي
يجب عند توهمه ولا يجوز له التيمم حتى يطلبه • ولو نسيه في رحله • الرحل في
الغالب يكون للمسافر فاكتفى به عنه ثم المعتبر عدم كونه في العمران مسافرا
كان او غير مسافر ولذلك اتى في الجامع الصغير بلفظ الرحل بدل المسافر
وصرح فخر الاسلام في شرحه وانما شرط النسيان دون عدم العلم لانه
اذا لم يعلم به لا يعيد عند ابي يوسف ايضا على الاصح • وصلى متيمما ثم ذكره
لم يعد الا عند ابي يوسف • الذكر في الوقت وبعده سواء ذكره في الهداية

باب المسح على الخفين جاز بالسنة • انما قال جاز لان ثبوته
على وجه التخيير لا على وجه الايجاب وقد ورد فيه حكاية فعله عليه السلام
وروايته قوله عليه السلام ولذلك قال بالسنة واشار به الى ان تقر

الكتاب ساكت عنه ردّاً على من زعم ان قراءة الجرّ وارجلكم تدل عليه
لانّ قوله تعالى الى الكعبين يدفعه ضرورة انّ مسح الخف غير مُغيّا
ولمّا اشتهرت السنّة الواردة في هذا الباب جاز بها الزيادة على نص
الكتاب للمحدث دون من عليه الغسل جنباً كان او حائضاً او نفساء
فمن لبس خفيه وهو على وضوء ثم اجنب في مدة المسح ينزع خفيه ويغسل
رجليه اذا توضأ وليس له ان يمسح عليهما وفرضه قدر ثلث اصابع اليد
يعني من كل رجل على حدة حتى لو مسح على احدى رجليه مقدار اصبعين وعلى
الاخرى مقدار خمس اصابع لا يجزئه وانما اعتبر اصابع اليد لانها آلة المسح وكفى
ثلثها لان الاكثر يقوم مقام الكل وانما قلنا كفى اذ لا منع عن الزيادة
وما قيل ان ما زاد على مقدار ثلث اصابع انما هو بماء مستعمل فلا اعتبار له
لان الزيادة اذا كانت باصبع اخرى لا يلزم المحذور المذكور وقال الكرخي
يعتبر اصابع الرجل كما في الخرق والاول اصح وزيادة لفظ قدر للاشارة
الى انه لو مسح باصبع واحدة ثلث مرات واخذ لكل مرة ماء جاز وكذا
لو مسح بالابهام والمسبحة منفرجتين بوضعهما مع ما بينهما من الكف على الخف
جاز لان ما بينهما مقدار اصبع اخرى ذكره في الخانية وكذا لو مشى في حشيش
مبتل بالمطر او اصاب موضع المسح ماء او مطر قدر ثلث اصابع جاز لحصول
المقصود فان النية ليست بفرض فيه على ظاهر خفيه سواء كان طولاً
او عرضاً وقيد الظاهر احتراز عن الباطن والعقب والجوانب واما الساق
فخارج عن حد الخف الشرعي او جرموقيه الجرموق معرب خرموك وهو ما يلبس

فوق الخف وقاية له من الوحل والنجاسة فان كان من اديم او نحوه جاز
عليهما المسح سواء لبسهما منفردين او فوق الخفين وتنشأ في خلاف
فيما اذا لبسهما فوق الخفين الا ان يكونا بحيث يصل بلل المسح الى الخفين
ثم اذا كانا من نحو اديم وقد لبسهما فوق الخفين فان لبسهما بعد ما احدث
او بعد ما احدث ومسح على الخفين لا يجوز المسح على الجرموقين وان لبسهما
قبل الحدث ومسح عليهما ثم نزعهما دون الخفين اعاد المسح على الخفين كما
اذا مسح على خفين ذي طاقين فنزع احد الطاقين فانه لا يعيد المسح على
الطاق الاخر وان نزع احد الجرموقين مسح على الخف واعاد المسح على
الجرموق الاخر في ظاهر الرواية وقال الحسن وزفر يمسح على الخف ولا يعيد
المسح على الجرموق الاخر وعن ابي يوسف انه يخلع الجرموق الاخر ويمسح
على الخفين او جوربيه مجلّدين او منعّلين المجلد هو الذي وضع الجلد
على اعلاه واسفله والمنعّل هو الذي وضع الجلد على اسفله كالنعل
للقدم في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يكون الى الكعب او ثخينين
الثخين ما يقوم على الساق من غير شد ولا يسقط ولا يشف ذكره
في الخانية هذا اي جواز المسح على الثخينين مجرداً عن الجلد والنعل عندهما
ويروى رجوعه الى قولهما وبه يفتى وقال الشافعي لا يجوز المسح على الجورب
وان كانت منعّلة الا اذا كانت مجلّدة الى الكعبين ذكره في التحفة
ملبوسين على وضوء لم يقل على طهر لانه يشمل التيمم ولا عبرة له في هذا الباب
قال في التجنيس لو تيمم ولبس الخفين ثم احدث وهو واجد للماء

لايمسح لان التيمم ليس بطهارة كاملة من كل وجه تام احترز به عن وضوء
غير مسبغ بان يبقى من اعضائه لمعة لم يصبها الماء فانه لو احدث
قبل الاستيعاب لايجوز له المسح وقت الحدث فيه اشارة الى ان التمام
وقت اللبس لا يشترط خلافا للشافعي فلو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اتم الوضوء
قبل ان يحدث جاز له ان يمسح عليه عندنا لوجود التمام عند الحدث وكذا
لو لبس خفيه محدثا وخاض الماء حتى دخل الماء في خفيه وانغسل رجلاه
ثم اتم الوضوء ثم احدث جاز له ايضا المسح على الخفين وعند الشافعي لايجوز
لواحد منهما ان يمسح وبما قررناه تبين ان قوله ملبوسين احسن من قولهم
اذا لبسهما لان المتبادر منه ان يكون حدوث اللبس حال تمام الطهارة
وانما قلنا انه احسن لان قولهم ايضا صحيح حسن لان اللبس كما يطلق
على ابتداء كذلك يطلق على دوامه بناء على ان للدوام فيما يستدام حكم الابتداء
ولهذا يحنث بالدوام عليه في يمينه لا البس هذا الثوب وهو لابسه لا على عمامة
وقلنسوة وبرقع وقفازين القفاز شيء يلبسه النساء في ايديهن حفظا لها
ومنه الجلد الذي يلبسه الصيادون ويمسكون الجوارح عليه وسنته عندنا
واما عند الشافعي فالسنة الجمع بين المسح على ظاهر الخف واسفله ذكره في
التحفة ان يبدأ بالاصابع ويمسح بكلتا يديه الى الساق لما روي عن
مغيرة بن شعبة ان النبي عليه السلام توضأ ووضع يده اليمنى على خفه الايمن
ويده اليسرى على خفه الايسر ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة
وكاني انظر الى اصابع رسول الله على ظاهر خفيه ذكره في التحفة خطوطا في عبارة

الخطوط اشارة الى انها بالاصابع منفرجة لا بالكف والابهام مضمومة
ومدته للمقيم يوم وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها من وقت
الحدث لان الخف عهد مانعا فيعتبر من وقت المنع ولان ما قبله طهارة
الغسل لا طهارة المسح فيعتبر ويتم مدة السفر ماسح سافر قبل تمام يوم وليلة
لانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر آخره كالصلوة وقد دل ما ذكر بمفهومه
وهو معتبر في الروايات اتفاقا على انه لا يتم مدة السفر ماسح بعد تمام يوم وليلة
وتمها اي يتم مدة الاقامة ان اقام قبلها دل بمفهومه على انه ينزع
ان اقام بعدهما فالصور اربع حكم الاثنين منها مذكور بطريق المفهوم
فافهم وينقضه ناقض الوضوء لانه بدل من الغسل فينقضه ناقض الاصل
ويبطل بنزع الخف لسراية الحدث السابق الى القدم ومن ههنا تبين
انه ليس بناقض فمن اسند اليه النقض فقد تجوز وفي توحيد الخف اشارة
الى ان نزع احدهما كاف في بطلان المسح وذلك لانه اذا نزع احدهما
يجب غسل احدى الرجلين فيجب غسل الاخرى ايضا لعدم صحة الجمع بين الغسل
والمسح فيما هو كعضو واحد وهذه اي حد النزع الذي يبطل عنده المسح
خروج اكثر القدم الى الساق فان الساق على ما نبهت عليه فيما سبق
خارج عن حد الخف المعتبر في هذا الباب فخروج القدم اليه خروج عن الخف
ثم ان للاكثر حكم الكل قال في التبيين ثبت حكم النزع بخروج اكثر القدم
الى ساق الخف في الصحيح وهو المروي عن ابي يوسف لان للاكثر حكم الكل
وعن ابي حنيفة انه ان خرج العقب او اكثره بطل المسح وعن محمد انه ان بقي

من الخف في القدم قدر ما يجوز المسح عليه لا ينقض والا ينقض وقال بعض
المشايخ ان امكن المشي به لا ينقض والا ينقض ومضي المدة للاحاديث
التي دلت على التوقيت فبعد احدهما على المتوضي اي على من كان على
وضوء غسل رجليه فقط تفريع على كون النزع والمضي المذكورين
مما يبطل عنده المسح يعني لما بطل المسح عندهما حل الحدث السابق
قدميه وقد غسل سائر اعضاء الوضوء عن ذلك الحدث فلا يجب عليه
الا غسلهما لان الفائت هو الموالاة وهي ليست بشرط عندنا ويمنع
خرق يبدو منه اي عبارة يبدو واشارة الى صفة الخرق المانع وهي
ان يكون منفتحا يظهر ما تحته او يكون منضما لكن ينفرج عند المشي ويظهر
ما تحته وموجب تلك الاشارة انه اذا كان منضما لا ينفرج لصلابته فلا يظهر
ما تحته عند المشي لا يمنع وان كان اكثر من ثلث اصابع وهو المروي
عن ابي حنيفة قدر ثلث اصابع الرجل خلافا لمالك فان الخرق قليله
وكثيره لا يمنع عنده بعد ان يطلق عليه اسم الخف اصغرها هذا اذا انكشف
موضع غير موضع الاصابع واما اذا انكشف الاصابع نفسها يعتبر ان ينكشف
الثلث ايتها كانت ولا يعتبر الاصغر لان كل اصبع اصل بنفسها فلا يعتبر بما
حتى لو انكشف الابهام مع جارتها قدر ثلث اصابع من اصغر لا يجوز
المسح كذا في التبيين لا ما دونه هذا جواب الاستحسان والقياس
ان يكون اليسير مانعا كالكثير وهو قول زفر والشافعي ويجمع خروق
خف لا خفين الخرق الذي يجمع اقله ما يدخل فيه المسلة وما دونه لا يعتبر

اي ماله بمواضع الخرز ثم المعتبر ما في الكعب وما تحته لما مر ان ما فوقه
خارج عن حد الخف المعتبر في المسح ويجوز على جبيرة للمحدث والجنب
والجبيرة هي العيدان التي تجبر بها العظام والمراد من الجواز المشروعية
في الجملة فلا ينافي الوجوب قال في الحقائق ترك المسح على الجبائر والمسح
لا يضره لم يجز عندهما وقيل هو بالاجماع والصحيح انه قولهما والخلاف
في المجروح ففي المكسور يجب بالاتفاق وذكر في العيون الفتوى على قولهما
احتياطا وفي شرح الطحاوي والزيادات ان المسح على الجبائر ليس
بفرض عند ابي حنيفة وفي تجريد القدوري الصحيح من مذهب ابي حنيفة
ان المسح على الجبيرة ليس بفرض وقال في الغاية والصحيح انه واجب
عنده وليس بفرض حتى تجوز صلوته بدونه قال صاحب الهداية في
مختارات النوازل وانما يجوز المسح عليها اذا كان الماء يضر بالجراحة
اذا غسلها فاذا لم يضر به يمسح على الجراحة واذا ضر يمسح على الجبيرة سواء
شدها على وضوء او على غير وضوء وان اضر المسح على الجبيرة ايضا سقط
المسح وكذا الحكم في موضع الفصد والزيادة على موضع الجراحة تبع لها
وفي الذخيرة كان القاضي الامام ابو علي النسفي لا يجيز المسح على عصابة
المفتصد ويجيز المسح على خرقة المفتصد وذكر الامام القاضي علاء الدين
ان كان الفصد في موضع يمكنه ان يشده بنفسه من غير اعانة احد لا يجوز
المسح على العصابة وان كان في موضع يمكنه يجوز المسح على العصابة
وعامة المشايخ على جواز المسح على عصابة المفتصد وفي هداية الناطفي

اذا كان حل الجبائر يضر بالجراحة وتحت العصابة موضع لا جرح فيه لم يكن
عليه ان يحل الجبائر وليس عليه ان يغسل ما تحت العصابة في غير موضع الجراحة
وان كان حل العصابة لا يضر بالجراحة ولكن نزع العصابة عن موضع
الجراحة يضر بالجراحة فان عليه ان يحلها ويغسل ما تحتها الى ان يبلغ موضعا
يضر بالجراحة ثم يشد العصابة ويمسح على موضع الجراحة وذكر في الاسرار
ان استيعاب المسح على الجبائر شرط وفي الذخيرة ان محمدا ذكر استيعاب
العصابة في المسح وفيه اختلاف المشايخ وفي التجنيس نقلا عن مبسوط
شيخ الاسلام اذا مسح على بعض الجبائر هل يجزئه ام لا لم يذكر هذا في ظاهر الرواية
وذكر الحسن بن زياد انه اذا مسح على الاكثر اجزاه فان مسح على النصف
وما دونه لا يجزئه وبه يفتى ولا يبطله السقوط الا عن برء اذا سقطت
الجبيرة لا عن برء لا يلزمه الغسل اصلا وان كان عن برء يلزمه غسل ذلك
الموضع خاصة ذكره في الذخيرة واما اعادة المسح على الجبيرة اذا بدلها فلا
الا انها احسن ذكره في مختارات النوازل اعلم ان المسح على الجبيرة يخالف
المسح على الخف من وجوه احدها ان الجبيرة لا يشترط شدها على وضوء بخلاف
الخف وثانيها ان مسح الجبيرة غير موقت بخلاف الخف وثالثها ان الجبيرة
اذا سقطت من غير برء لا ينتقض المسح بخلاف الخف ورابعها انها اذا سقطت
عن غير برء لا يجب عليه الا غسل ذلك الموضع اذا كان على وضوء بخلاف
الخف حيث يجب عليه غسل الاخرى وخامسها ان الجبيرة يستوي فيها المحدث
والجنب بخلاف الخف ومن هنا اتضح وجه اصابة المصنف حيث اسقط قيد محدث

عنده ذكره جواز المسح على الجبيرة والله اعلم بالصواب **باب الحيض**
الدماء المختصة بالنساء ثلثة حيض واستحاضة ونفاس وانما خص
الحيض بالذكر في العنوان لاصالته في هذا الباب هو دم ينفضه رحم بالغة
لا بلوغ قبل تسع سنين لا عن داء احترز بقيد الرحم عن الرعاف والدماء
الخارجة من الجراحات ودم الاستحاضة فانها دم عرق لا دم رحم وبقيد
البلوغ عن دم تراه الصغيرة فان عدم كونه من الرحم غير معلوم وبقيد
لا عن داء عما ينفضه الرحم لمرض ومنه دم النفاس فان النفاس مرض
في اعتبار الشرع حتى اعتبر تبرعات النفساء من الثلث وانما قال
لا عن داء ولم يقل لا لداء بها لان العبرة بعدم نفض الدم عن داء
لا بسلامتها عنه لان كونها مريضة سواء كان الداء في رحمها او في
موضع آخر لا ينافي كون الدم الخارج من رحمها حيضا اذا لم يكن نفضه
اياه بسبب الداء ثم الاصح ان الحيض موقت الى سن الاياس واكثر المشايخ
قدروه بستين ومشايخ بخارا وخوارزم بخمس وخمسين فما رأت
بعدها لا يكون حيضا في ظاهر المذهب والمختار انها ان رأت دما
قويا كالاسود والاحمر القاني كان حيضا ويبطل الاعتداد بالاشهر
قبل التمام وبعده وان رأت صفرة او خضرة او تربية فهي استحاضة
واقله ثلثة ايام وثلث لياليها هذا نص في ظاهر الرواية واما قولهم
ولياليها فيمكن تطبيقه على ما روى الحسن عن ابي حنيفة ايضا وهو انه
ثلثة ايام ويتخللها من الليالي وهو ليلتان قال الناطفي في الاجناس

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وهو مذكور في الاصل ولكن معناه ليالي
تقع في مضي هذه الايام ولا يريد به ثلث ليال مقدرة بها كالايام حتى
لو رأت عند طلوع الفجر يوم السبت وانقطع عند غروب الشمس يوم الاثنين
فهذه ثلثة ايام بلياليها ويكون حيضا وفي التجنيس هذه رواية
عن ابي يوسف اما على ظاهر الرواية اقل الحيض ثلثة ايام وثلث ليال
وفي الهداية عن ابي يوسف انه يومان واكثر الثالث وعند الشافعي يوم
وليلة واكثره عشرة وعند الشافعي خمسة عشر يوما ومبداء الحيض من
وقت خروج الدم الى الفرج الخارج واعلم ان المرأة لها فرجان داخل وهو
بمنزلة الدبر وخارج وهو بمنزلة الاليتين فاذا وضعت الكرسف
في الفرج الخارج فابتل الجانب الداخل منه كان حدثا وحيضا ونفاسا وان
لم ينفذ الى الخارج لوجود الظهور وان وضعته في الفرج الداخل فابتل منه
الجانب الداخل فان كان عاليا على حرف الفرج او محاذيا له فهو حدث وحيض
ونفاس وان كان متسفلا حتى ينفذ البلة الى الخارج لعدم الظهور وان سقط
الكرسف فهو حدث وحيض ونفاس لوجود الخروج والطهر بين دمين
في مدته يعني ان الطهر المتخلل بين دمين والدمات في مدة الحيض يكون
حيضا ولو خرج احد الدمين عن مدة الحيض بان رأت يوما دما وتسعة طهرا
ويوما دما مثلا لا يكون حيضا لان الدم الاخير لم يوجد في مدة الحيض وجهه
ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط اجماعا فيعتبر اوله وآخره كالنصاب
في باب الزكوة ولا يبتدأ الحيض بالطهر ولا يختم به على هذه الرواية وهي رواية

محمد عن ابي حنيفة وكذا النفاس على هذا الاعتبار وما رأت من لون
فيها اي في المدة سوى البياض حيض اعلم ان الوان الحيض هو
الحمرة والسواد فهما حيض اجماعا وكذا الصفرة المشبعة في الاصح والخضرة
والصفرة الضعيفة والكدرة والتربية عندنا والفرق بينهما ان الكدرة
تضرب الى البياض والتربية الى السواد وانما قدم مسئلة الطهر المتخلل على الوان
الحيض لانها متعلقة بمدة الحيض فالحقها بها ثم ذكر الالوان ثم بعد ذلك
شرع في احكام الحيض فقال يمنع الصلوة والصوم ويقضي هو لا هي بناء
على ان الحيض يمنع وجوبها وصحة ادائها ويمنع صحة ادائه دون وجوبه
فيجب قضاؤه اذا طهرت دون قضائها ثم المعتبر عندنا آخر الوقت
فاذا حاضت في آخر الوقت سقطت وان طهرت فيه وجبت فاذا كانت
طهارتها لعشرة وجبت الصلوة وان كان الباقي من الوقت لا يسع الا
قدر التحريمة وان كانت لاقل منها وذلك عادتها فان كان الباقي من
الوقت مقدار ما يسع الغسل والتحريمة وجبت والا فلا لان مدة الاغتسال
من الحيض واربعون في النفاس بمنزلة العشرة في الحيض ودخول المسجد
لم يقل والطواف لان الحيض لا يمنع الطواف على ما يأتي في كتاب الحج نعم يجب
عليها التحرز عن الطواف في الحيض وهي من مسائل الحج تذكر في موضعها
والاستمتاع ما تحت الازار وعن محمد يتقي شعار الدم اي موضع الفرج فقط
ولا قراءة اي القرآن سواء كان آية او ما دونها في رواية الكرخي
وهو المختار وفي رواية الطحاوي يحل ما دون الآية هذا اذا قرأت

على قصد التلاوة واما اذا قرأت على قصد الذكر والثناء فلا بأس بالاتفاق
لجنب ونفساء بخلاف المحدث متعلق بقوله ولا تؤدى ولا تمس هؤلاء
الاربعة مصحفا ولا جلده المتصل احترز به عن المنفصل ولم نقل الا بغلاف
متجاف لعدم صحة حصر المستثنى فيما ذكر وكره بالكم ولا درهما فيه آية الا
بصرة وحل وطئ من قطع دمها لاكثر الحيض والنفاس قبل الغسل فان قلت
حل الوطئ حينئذ لا يتوقف على انقطاع الدم قلت انما فرض انقطاعه
لان الكلام بعد في احكام الحيض وحل وطئها على تقدير عدم انقطاع في الصورة
المذكورة من احكام الاستحاضة دون من قطع لاقل منه اي من الاكثر
الا اذا اغتسلت او تيممت لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من
الاغتسال والتيمم ليترجح جانب الانقطاع او مضى قدر ما يسع الغسل والتحريمة من
آخر وقت الصلوة لان الصلوة صارت دينا في ذمتها فطهرت
حكما هذا في المسلمة واما الكتابية فيحل وطؤها بنفس الانقطاع قبل العشرة لانه
لا ينتظر في حقها امارة زائدة وانما قال من آخر وقت الصلوة اذ العبرة
للوقت المهمل ولا الاول وقت الصلوة على ما عرف في موضعه ثم ان ما ذكر
اذا لم يكن الانقطاع دون عادتها لانه اذا كان دونها لا يقربها وان اغتسلت
حتى تمضي عادتها لان العود في العادة غالب واقل الطهر خمسة عشر يوما
ولا حد لاكثره لانه قد يمتد سنة وسنتين وقد يمتد وقد لا ترى الحيض
اصلا فلا يمكن تقديره الا عند نصب العادة في وقت الاستمرار اي لا حد
لاكثر الطهر الا اذا استمر فيها الدم فاحتيج الى نصب العادة فيتقدر طهرها عند عامة

المشايخ ثم اختلفوا في مقداره فقال محمد بن ابراهيم الميداني يقدر
بستة اشهر الا ساعة لان الطهر بين الدمين اقل من ادنى مدة
الحمل عادة فنقصنا من ذلك ساعة فاذا طلقت تنقضي عدتها
بتسعة عشر شهرا الا ثلث ساعات لجواز ان يكون طلقها في اول الطهر
فيحتاج الى ثلث حيض بثلث اطهار بثمانية عشر شهرا الا ثلث
ساعات انما اعتبر واجاز طلاقها في اول الطهر ولم يعتبر جواز طلاقها
في اول حيضها حتى يحتاج الى ازيد مما ذكر لان الطلاق في الحيض
بدعة فلا يليق ان يعتبر وما نقص عن اقل الحيض او زاد على اكثره
اي على العشرة هذا على اطلاقه يتناول المبتداة التي بلغت مستحاضة
فحيضها من كل شهر عشرة ايام وما زاد عليها استحاضة وقس على هذا
قوله او اكثر النفاس او على عادة عرفت لحيض وجاوز العشرة
او نفاس وجاوز الاربعين اي اذا كانت لها عادة في الحيض
وفرضناها سبعة فرأت الدم اثني عشر يوما فخمسة ايام بعد السبعة
استحاضة واذا كانت لها عادة في النفاس وهي ثلثون يوما
مثلا فرأت الدم خمسين يوما فالعشرون التي بعد الثلثين استحاضة
والعادة لا تثبت الا بمرتين عندهما وقال ابو يوسف تثبت بمرة
واحدة او ما رأت حامل فهو استحاضة اي الدم الذي تراه الحامل
ليس بحيض بل استحاضة خلافا للشافعي قوله وما نقص مبتداء وقوله
فهو استحاضة خبره ثم بين حكم الاستحاضة فقال لا تمنع صلوة وصوما

ووطئا ومن لم يمض عليه وقت فرض الا وبه حدث اى الحدث الذى ابتلى به من استحاضة ورعاف ونحوهما هذا حد المستحاضة وصاحب العذر فى البقاء واما فى حق الابتداء فلا بد من الاستيعاب بان يستمر العذر وقت صلوة كاملا صرح به صاحب الهداية فى التجنيس يتوضأ لكل فرض ويصلى به ما شاء من فرض ونفل خلافا للشافعى فان عنده يتوضأ لكل فرض ويصلى النوافل بتبعية الفرض ويبطل عند خروجه اى خروج وقت الفرض ولو توضأ لصلوة العيد قيل ليس له ان يؤدى به الظهر لانه يبطل بخروج وقت صلوة العيد والصحيح انه يجوز لذلك لانها ليست بفرض ومن ههنا تبين رجحان قوله خروجه على قول من قال خروج الوقت لفظا ومعنى وانما قال يبطل عند الخروج ولم يقل ينقضه الخروج لان الناقض هو الحدث السابق لكن الشرع اسقط اعتباره فى الوقت للحاجة وعند الخروج ينعدم الحاجة فيعمل ذلك الحدث فيكون الخروج شرط اعمال الحدث اذ الشرط ما يوجد الحكم عنده لا به ويظهر هذا فى عدم جواز المسح على الخف بعد خروج الوقت لا عند دخوله هذا عندهما وعند ابى يوسف يبطل عند ايهما كان وعند زفر يبطل عند دخوله فقط فيصلى من توضأ قبل الزوال الى آخر وقت الظهر لعدم خروج وقت الفرض وفيه خلاف لابى يوسف وزفر لما عرفت ان دخول الوقت معتبر عندهما لا بعد طلوع الشمس من توضأ قبيله انما قال قبيله ولم يقل قبله لان المراد ان يكون بعد طلوع الفجر كيلا يتحقق دخول وقت لو بعد التوضى

فيتعين الخروج شرطا للبطلان وفيه خلاف لزفر لما عرفت ان المعتبر عنده هو الدخول فقط ولم يوجد والنفاس دم يعقب الولد قال المطرزى النفاس بكسر النون ولادة المرأة مصدر سمى به الدم كما سمى بالحيض ولا حد لاقله واكثره اربعون يوما خلافا للشافعى فان اكثره ستون يوما عنده ودم التوأمين من الاول خلافا لمحمد وهو قول زفر التوأمان ولدان من بطن لا يكون بين ولادتهما مدة الحمل وهو ستة اشهر وقال المطرزى التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر فى بطن واحد ويقال هما توأمان كما يقال هما زوج وقولهم هما توأم خطأ وفى المبسوط ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح عند اهل اللغة منهم من قال التوأم افصح كما يقال هما زوج ومنهم من قال التوأمان افصح كما يقال هما كفوان واخوان وانقضاء العدة من الآخر اجماعا وسقط يرى بعض خلقه ولد فتصير به نفساء والامة ام الولد ويقع المعلق بالولد اى يحنث به لو كان علق يمينه بالولادة وتنقضى العدة به اطلقها لتشمل عدة ام الولد **باب الانجاس** يطهر البدن والثوب اسقط اضافتهما الى المصلى لان المقصود ههنا بيان جواز طهارتهما بما ذكر لا بيان وجوبها حالة الصلوة فانه من مسائل باب شروط الصلوة ولم يذكر ههنا المكان لانه انواع ولكل منها حكم خاص على ما سنقف عليه عن نجس مرئى بزوال عينه واثره الذى لا يشق زواله فان الاثر الذى يشق زواله معفو بهذا ورد الاثر

بكل مايع طاهر ماء كان او غيره قال محمد وزفر والشافعي لا يجوز
الا بالماء وانما ترك قيد المزيل لانفهامه من قوله بزوال عينه
كالخل ونحوه اي نحو الخل في الانعصار بالعصر فالكاف للتمثيل والنحو للتشبيه
فالمعنى مثاله الخل وما يشبهه وعما لم ير بغسله ثلثا وعصر في كل مرة
يشترط ان يبالغ في العصر في المرة الثالثة بقدر قوته اي الحكم المعتبر
فيه غلبة الظن وانما قدروه بالثلث لان غلبة الظن تحصل عنده
غالبا حتى لو جرى الماء على ثوب نجس وغلب على ظنه انه قد طهر جاز وان
لم يكن ثمه عصر والا يغسل ويترك الى عدم القطرات ثم وثم هكذا او لا يشترط
اليبس ويطهر الخف عن ذي جرم كل ما يرى بعد الجفاف ذو جرم وما لا يرى
بعده فليس بذي جرم جف لا بد من الجفاف عنده لان مسح الرطب يكثره
بالدلك بالارض وجوزه اي جوز الدلك ابو يوسف في رطبه اي في
رطب ذي جرم فانه لا يشترط الجفاف ولكن يشترط ذهاب الرائحة وعليه
قوله اكثر المشايخ وبه يفتى وقال محمد وزفر لا يطهر الا بالغسل وعما لا جرم له
كالبول بالغسل فقط وعن المني رطبا بالغسل ويابسه وبالفرك ومن
خص اليابس بالفرك فقد اخطأ وان اصاب بدنه مني لا يطهر
الا بالغسل رطبا كان او يابسا ذكره في الاصل وهو مروي عن ابي حنيفة
ذكره في الكافي وذكر الكرخي في مختصره ان يابسه يطهر بالفرك من غير فرق
بين العضو وغيره ومن وهم ان عدم الفرق في ظاهر الرواية والفرق
في رواية الحسن فقد وهم والسيف ونحوه في الصلابة والصقالة

بالمسح ان كان يابسا يكفي مطلق المسح وان كان رطبا لا بد من المسح
بالتراب حتى يجف ثم يطهر والبساط يجري الماء عليه ليلة في الذخيرة
يوما وليلة وفي الخانية اكتفى بمطلق الجري والارض والاجر المفروش
احترز به عن الموضوع بالجفاف ولم يقل باليبس لانهم يفرقون بينه
وبين الجفاف والمعتبر ههنا هو الذي ذكر في الذخيرة وذهاب الاثر
من اللون والريح للصلوة خلافا لزفر والشافعي لا للتيمم يعني
تطهر الارض بما ذكر طهارة كافية للصلوة عليها ولا تطهر طهارة
كافية للتيمم بها وكذا الخص اراد به السترة التي تكون على السطوح
من القصب وشجر وكلاء قائم في الارض اختلفوا فيهما وقيل اذا ما
قائمين على الارض يطهران بالجفاف هو المختار وما قطع منهما يغسله لا غير
وقدر الدرهم من نجس غلظ كبول ودم وخمر وخرء دجاج وبول حمار
وهرة وفارة وروث وخثى الروث يستعمل في الفرس والحمار والخثي
يستعمل في البقر والبعرة في الابل وما دون ربع ثوب اي ربع ادنى
ثوب يجوز فيه الصلوة وقيل جميع ثوب عليه وقيل ربع طرف
اصابته النجاسة كالذيل والكم والدخريص وعند ابي يوسف شبر في
شبر وعنه ذراع في ذراع ومثله عن محمد مما خف كبول فرس وما اكل
لحمه وخرء طير سواء كان من السباع او من غيرها وما وقع في بعض نسخ
الهداية وغاية البيان من التخصيص بالاول ليس بصحيح لانه حينئذ
يخرج الخطاف مع ان علة العفو وهو كونه مما يزرق من الهواء

شاملة لا بوكل عفو وان زاد لاخفة النجاسة وغلظها لا تطهر فيما يقع
في الماء وانما تطهر فيما يصيب الثوب ذكره في الاسرار ويعتبر وزن
الدرهم بقدر مثقال في الكثيف ومساحته بقدر عرض كف في الرقيق
المراد من الكف ما وراء المفاصل ودم السمك ليس بنجس فصله
عما قبله ولم يشركه له في حكم العفو كما فعله صاحب الكنز لانه طاهر في
ظاهر الرواية والعفو يقتضي النجاسة ولعاب البغل والحمار لا ينجس
لانه مشكوك لا يزول طهارته بالشك وبول انتضح مثل رؤوس
الابر ليس بشيء وما ورد على نجس نجس كعكسه لا رماد قذر فيه خلاف
الشافعي وحمار صار ملحا ويصلي على ثوب بطانته نجسة هذا
اذا لم يكن الثوب مضربا وعلى طرف بساط طرف آخر منه نجس وان
تحرك احد مما تحرك الآخر انما قال هذا ازدالمن شرط ان لا تحرك
احد مما تحرك الآخر وفي ثوب ظهر فيه ندوة ثوب رطب
نجس لف فيه لا بحيث لو عصر قطرت اي ليس ظهور الندوة فيه
بحيث لو عصر قطرت تلك البلة منه او وضع رطبا على طين نجس
فيه سرقين ويبس او تنجس طرف منه فنسيه وغسل طرفا آخر
بلا تحر اي لا يشترط التحري في غسل طرف من الثوب لحنطة بال عليها حمر
خصها بالذكر للاتفاق في غلظ نجاسة بولها فيعلم الحكم في غيرها
بالدلالة تدوسها فغسل او ذهب بعضها فيطهر الكل ولا يشترط
التحري فيه ايضا قيل الطهارة ههنا لمكان الضرورة وفيه نظر

اذ لا ضرورة في التحري الاستنجاء • التنحي عما يخرج من البطن والاستنجاء
طلب النزاع منه عن اثره بماء او تراب ذكره في المجمل • من نجس يخرج من
البطن • لم يقل من كل حدث غير النوم والريح لابانة عن اختيار مذهب
من قال ان النوم ليس حدثا لعينه انما الحدث ما لا يخلو النائم عنه
غالبا فاقيم السبب الظاهر مقامه وهو مذهب مرجوح • بنحو حجر ينقيه حتى
من الانقاء وهو جعل الشيء نقيا طاهرا • بلا عدد سنة • وعند الشافعي
فرض حتى لو تركه لا يجوز صلوته والمعتبر في اقامة هذه السنة عندنا هو
الانقاء لا العدد فان حصل بحجر واحد كفاه وان لم يحصل بالثلث زاد عليه
وعند الشافعي العدد مع الانقاء شرط حتى لو حصل الانقاء بدون
الثلث يكمل الثلث ولو ترك لم يجزه ذكره في البدايع فالمنفي بقوله
بلا عدد لزوم العدد في اقامة السنة لا نفسه وللتنبيه على ذلك
قال • يدبر بالحجر الاول ويقبل بالثاني ويدبر بالثالث • يعني اذا احتاج
في اقامة السنة الى العدد يفعل كذلك صيفا • انما يدبر بالحجر الاول
في الصيف لان الخصية فيه مدلاة فلا يقبل احترازا عن تلويثها
ثم يقبل ثم يدبر مبالغة في تنظيفه والادبار الاذهاب الى جانب
الدبر والاقبال ضده • ويقبل الرجل • انما قيد به لان المرأة تدبر
بالاول في كل حال لئلا يتلوث فرجها • بالاول والثالث شتاء •
لان الخصية في الشتاء غير مدلاة فيقبل بالاول لان الاقبال ابلغ في
الانقاء ثم يدبر ثم يقبل للمبالغة • وغسله بعد الحجر ادب • فيغسل يديه

ثم يرخي المخرج بمبالغة ويغسله ببطن اصبع او اصبعين او ثلث نية
بالتفصيل على انه ينبغي ان يغسله باصبع واحد ان كفى والا فيضم اليه الاخر
ان لم يحصل الكفاية بهما كيلا يكون التلوث بقدر الضرورة • لا برؤسها
كيلا يتركز النجاسة في شقوق الاظفار • ثم يغسل يديه ثانيا ويجب في نجس
جاوز المخرج اكثر من درهم هذا عندهما وعند محمد يعتبر ما تجاوز مع ما في المخرج
ولا يستنجي بعظم وروث ويمين • قال في الغاية يكره الاستنجاء بعشرة اشياء
العظم والرجيع والروث والطعام واللحم والزجاج والورق والخزف
وورق الشجر والشعر • ولا يستقبل القبلة ولا يستدبرها • ولم يقل وكره استقبال
القبلة لانه يشعر بان لا يكون المنفي سابقا مكروها وانما قال في الخلاء
ليعلم الكراهة في الصحراء بطريق الدلالة ولو اطلق لتوهم اختصاصها
بما اذا كان في الصحراء وذكر في الاجناس ان هذا اذا كان الاستقبال
والاستدبار لاجل التغوط ولو كان لازالة الحدث فلا كراهة فيه
لا تعلق له بالاستنجاء فحقه ان يذكر في آخر باب ما يفسد الصلوة كما فعله
صاحب الهداية **كتاب الصلوة** الوقت للفجر من الصبح المعترض اي المنتشر
في الافق وهو الصادق احترز به عن المستطيل وهو الكاذب الى طلوع
ذكاء بالضم غير منصرف اسم للشمس معرفة لا يدخلها الالف واللام • وللظهر من
زوالها طريق معرفته على ما صرح في المبسوط بانه اصح الاقاويل وفي الكافي
بانه المختار هو ان يغرز خشبة في مكان مستو ويوضع على مبلغ الظل علامة
فما دام الظل في الانتقاص فالشمس في الارتفاع والوقت قبل الزوال وان

اخذ الظل في الازدياد فالشمس قد زالت والوقت بعد الزوال وان
امسك الظل بين الازدياد والانتقاص فهو وقت الزوال ومن موضع
العلامة الى الخشبة فيء الزوال • الى بلوغ ظل الشيء مثله سوى فيء الزوال
هذا قول ابي حنيفة رواه ابو يوسف عنه وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي وهو رواية محمد والحسن عنه اذا صار ظل الشيء مثليه سوى
فيء الزوال وفي رواية اسد بن عمرو والحسن عنه اذا صار ظل كل شيء
مثله يخرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شيء مثليه فعلى
هذه الرواية بين الوقتين وقت مهمل • وللعصر منه الى غيبتها • ووقت
العصر من آخر الظهر على القولين الى ان تغيب الشمس • وللمغرب منه الى ان
يغيب الشفق وهو الحمرة عندهما • وهو رواية عنه وهو قول الشافعي
وبه يفتى • وعنده الشفق البياض • وللعشاء منه وللوتر منه الى
الفجر • وعدم صحة تقديم الوتر على العشاء عند التذكر لوجوب الترتيب
وعندهما للعشاء منه وللوتر مما بعد العشاء الى الفجر • لما كان المتبادر
قياسا على سائر الاوقات المتعاقبة ان يكون الغاية المذكورة للوتر
فقط فتداركه بقوله لهما • يعني ان الغاية المذكورة لهما لا للوتر خاصة
بان يكون وقت العشاء منتهيا بدخول وقت الوتر • ويستحب للفجر
البداية مسفرا بحيث يمكنه ترتيل اربعين آية ثم اعادته ان ظهر فساد
وضوئه • قال عليه السلام اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر • والتاخير للظهر في الصيف
للامر بالتبريد وحده ان يتمكن الماشون الى الجماعة من المشي في الظل ذكره

في الحقايق. للعصر ما لم يتغير المعتبر تغير القرص وهو ان تصير بحال لا تحار فيه
الاعين هو الصحيح والتاخير اليه مكروه. وللعشاء الى ثلث الليل وللوتر الى
آخره لمن وثق بالانتباه. لا حاجة الى ان يقال فحسب لما عرفت ان المفهوم
حجة في الروايات والتعجيل لظهر الشتاء والمغرب ويوم غيم يعجل العصر والعشاء
ويوخر غيرهما ولا يجوز عند طلوعها وقيامها وغروبها حد الاول والثاني
لا تحار الاعين في عين الشمس هو الصحيح وعلامة الثالث ان يمتنع الظل عن القصر
ولم ياخذ في الطول من الحقايق. صلوة. فرضا كانت او نفلا نص عليه في
الجامع. وسجدة تلاوة وجبت قبلها. لانها وجبت كاملة فلا تتادى
بالناقصة واما اذا تلاها فيها جاز اداوها من غير كراهة لكن الافضل
تاخيرها ليوديها في الوقت المستحب لانها لا تفوت بالتاخير وصلوة جنازة
حضرت قبلها انما قال قبلها لانها ان حضرت فيها جازت من غير كراهة
لانها اديت كما وجبت اذ الوجوب بالحضور وهو افضل والتاخير مكروه
لقوله عليه السلام ثلث لا يوخرن وذكر منها الجنازة الا عصر يومه لانه
اداها كما وجبت لان سبب الوجوب آخر الوقت ان لم يود قبله والا
فالجزء المتصل بالاداء فاذا اداها كما وجبت لا يكره فعلها فيه وانما يكره
تاخيرها اليه وهذا كالقضاء لا يكره فعله بعد ما خرج الوقت وانما يحرم
تفويته. وكره النفل اذا خرج الامام لخطبة الجمعة. ذكر في الخلاصة اذا صعد
الامام المنبر ولم يشرع في الخطبة او فرغ من الخطبة قال ابو حنيفة يكره الكلام
في هذين الوقتين ايضا وعندهما لا باس به واجمعوا على ان صلوة التطوع

يكره في هذين الوقتين وكذا بين الخطبتين على هذا وبهذا تبين
انه اصاب في ترك قول صاحب الهداية الى ان يفرغ. وبعد الصبح
الا سنته وبعد اداء العصر الى تغيرها. لم يقل الى اداء المغرب لمكان قول
وصح الفوائت وصلوة الجنازة وسجدة التلاوة في هذين الوقتين
اي بعد الصبح وبعد اداء العصر لما عرفت ان ما وجب كاملا لا يودى
ناقصا قال قاضي خان يجوز قضاء الفائتة بعد صلوة العصر قبل التغير
ولا يجمع فرضان. في وقت بلا حج. خلافا للشافعي فانه يجوز الجمع بين الظهر
والعصر وبين المغرب والعشاء بعذر المطر والسفر ومن صار اهلا
لم يقل من طهرت لعدم اختصاص الحكم بها فانه كذلك اذا بلغ الصبي او اسلم
الكافر او افاق المجنون. في وقت عصر او عشاء صلاها فقط. خلافا للشافعي
لا لانه يقول ان وقت الظهر والعصر كوقت واحد وكذا وقت المغرب
والعشاء والا لكفى عنده وجود الحدث في احد الوقتين من الظهر والعصر
وكذا من المغرب والعشاء في حق صاحب العذر بل لانه يقول ان وقت
العصر وقت الظهر ووقت العشاء وقت المغرب في حق من صار اهلا للصلوة
ومن هو اهل فرض في آخر وقته يقضيه. خلافا لزفر لا في العكس خلافا للشافعي
ولم يقل لا من حاضت فيه لعدم اختصاص الحكم بها فلا وجه له خصوصا
في مقابلة التعميم السابق ذكره في الفتاوى الظهيرية والحاصل ان زوال
المانع في آخر الوقت موجب وحلوله فيه مسقط **باب الاذان** هو
للفرائض اداء وقضاء فقط قبلها لا تحل وقتها. وعند ابي يوسف

وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الأخير من الليل وإنما لم يقل في وقتها
لأن أذان ما يقضي منها لا يلزم أن يكون في وقتها فإن قوله عليه السلام
فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها في حق الناسي فلا يدل على أن
القضاء مطلقا يكون في وقتها فيعاد أي يؤذن مرة بعد أخرى
في وقتها لو أذن قبله ويؤذن عالما بالأوقات لينال الثواب الموعود
للأذان مستقبل القبلة واصبعاه في أذنيه يترسل فيه أي يتمهل
بلا لحن المراد به التلعب والترنم وترجيع المراد به أن يذكر الشهادتين
مع خفض الصوت مرتين ثم يرفع الصوت بهما مرتين وفيه خلاف
الشافعي ويحول وجهه في الحيعلتين يمنة ويسرة ويستدير في صومعته
إن لم يمكن الإعلام مع الثبات في مكانه لكون الصومعة متسعة
ويقول بعد فلاح الفجر الصلوة خير من النوم مرتين والإقامة مثله
خلافا للشافعي فإن الإقامة عنده فرادى إلا قد قامت الصلوة لكن
يحدر فيها ويقول بعد فلاحها قد قامت الصلوة مرتين ولا تكلم فيهما أي لا يتكلم
في أثناء الأذان ولا في أثناء الإقامة واستحسن المتأخرون التثويب
هو الإعلام بعد الإعلام في الصلوة كلها ويجلس بينهما إلا في المغرب
وقالا يجلس في المغرب أيضا جلسة خفيفة ويؤذن للفائتة ويقيم
عند تعدد ما يأتي بهما لكل منها أو بهما لغير الأولى فإن لها يأتي بهما
وكره إقامة المحدث وأذانه ولم يعادا وكره أذان الجنب وإقامته ولا
يعادان بل هو لأن تكرار الأذان بعيد بل لأنه مشروع في الجملة كما في الجمعة دون

الإقامة وإن لم يعد أجزأه الأذان والصلوة ذكره في التبيين كأذان
المرأة والمجنون والسكران وصبي لا يعقل فإن أذان هؤلاء كمنه يعاد
ذكره في الخلاصة ويأتي بهما المسافر والمصلي في المسجد جماعة إنما قال جماعة
لأن المصلي في المسجد منفردا حكمه حكم المصلي في بيته في مصر في عدم كراهة تركهما
معا أو في بيته في مصر وإنما قال في مصر لأن في القرى قد لا يكون مسجد
فالمصلي في بيته فيها حكمه حكم المسافر وأما إذا كان فيها مسجد فحكمه حكم من في المصر
وكره تركهما للأولين أي كره تركهما معا للمسافر والمصلي في المسجد جماعة
وإنما قال تركهما لأنه يجوز ترك الأذان والاكتفاء بالإقامة للمسافر
لا للمصلي في المسجد جماعة لا للثالث فإنه لا يكره له تركهما معا هذا إذا
أذن وأقيم في مسجد حيه ويقوم الإمام والقوم عند حي على الفلاح قال
في الذخيرة يقوم الإمام والقوم إذا قال المؤذن حي على الفلاح عند علمائنا
الثلثة قال الحسن بن زياد وزفر إذا قال المؤذن قد قامت الصلوة
قاموا في الصف وإذا قال مرة ثانية كبروا والصحيح قول علمائنا الثلثة
ويشرع فيه قبل قد قامت الصلوة قال في الذخيرة قال أبو حنيفة
يكبر قبل قوله قد قامت الصلوة هكذا فسره في النوادر إنه يدل على
القيام عند قوله حي على الفلاح وظاهر ما ذكر في الكتاب يوجب أن يكبر بعد فراغ
المؤذن عن قوله قد قامت الصلوة قال شمس الأئمة الحلواني الصحيح ما ذكر
في النوادر

باب شروط الصلوة

التي تتقدمها لا بد من هذا
القيد احترازا عن الشروط التي لا تتقدمها بل تقارنها أو تتأخر عنها

وهي التي تذكر في باب صفة الصلوة كالتحريمة والترتيب والخروج بصنعه
والمراد شرط الصحة لا شرط الوجود ولذلك صح تنوعها الى النوعين المذكورين
هي طهر ثوب المصلي ومكانه من خبث وجسده منه ومن حدث قدم بيانهما
الخبث والحدث وستر عورته من غيره واستقبال القبلة والنية والعورة
للرجل من تحت سرته الى تحت ركبته فالركبة عورة دون السرة خلافا
للشافعي فيهما وللامة مثله مع ظهرها وبطنها وفخذها ودبرها وشعر نزل
من رأسها وربع ذكره منفردا والانثيين منفردا على ان كلا
من الذكر والانثيين عضو مستقل والمعتبر ربع عضو مستقل وعند الشافعي
الانكشاف قليل العورة يمنع من الجواز انما يمنع اذا استمر زمانا كثيرا وقدر
الكثير ما يؤدي فيه ركن وعادم مزيل النجس صلى معه ولم يعد وان
صلى عاريا وربع ثوبه طاهر لم يجز وفي اقل من ربعه الافضل صلوته معه
وعند محمد ذلك حتم وانما قال معه دون فيه تنبيها على ان الفضيلة
في كونه مع المصلي ساترا عورته لا في وقوع الصلوة فيه وعادم ساتر
الشرط عدم ما يستر به لا عادم الثوب بخصوصه حتى لو وجد ورقا
او حشيشا او غير ذلك مما يمكن الاستتار به لا يجوز صلوته عريانا قائما
كان او قاعدا فلذلك قال عادم ساتر ولم يقل عادم ثوب يجوز صلوته
قائما ويندب قاعدا موميا وقبلة خائف الاستقبال جهة قدرته
وان جهلها وعدم من يعلم انما لم يقل عدم من يسأل اذ لا عبرة لوجود
من يسأل اذا لم يكن عالما بالمسئول عنه تحرى ولم يعد ان اخطأ وقال

الشافعي يعيدها اذا استدبر وان علم به اي بالخطاء ووقف على
جهة الصواب مصليا او تحول رأيه الى اخرى استدار اليها اي الى تلك
الجهة واتم وان شرع بلا تحر لم يجز وان اصاب فان علم ذلك
قبل الفراغ عليه ان يستأنفها لان التحري افترض عليه فيفسد بتركه
واما اذا علم بعد الفراغ فلا استيناف لحصول المقصود وهكذا ينبغي ان
يفهم هذه المسئلة وبه صرح في التبيين واما فهم من قول من قال
ولم يعد مخطئ تحرى بل مصيب لم يتحر فلم يثبته رواية بل اخذ من اشتمال
عبارة القدوري حيث قال فان اشتبهت عليه القبلة اجتهد وقال
شيخ الاسلام خواهرزاده اشار الى انه لو صلى من غير تحر ثم ظهر انه اصاب
القبلة لا يجوز صلوته لان القبلة حالة الاشتباه جهة التحري وعلى
هذا التعليل اعتمد شراح الكتاب في شرح تلك العبارة وجواب هذا التعليل
ما اشير اليه في التبيين وهو ان جهة التحري وان كانت هي القبلة
حالة الاشتباه الا ان التحري لم يقصد لذاته وانما قصد للاصابة
فاذا حصلت اغنت عنه لما علم من القواعد ان ما فرض لغيره
يشترط حصوله له لا غير كالسعي الى الجمعة بل الروايات متواترة على خلاف
ما ذكر قال الطحاوي ولو انه شك ولم يتحر وصلى من غير تحر فهو على الفساد
ما لم يتبين الصواب بعد الفراغ من الصلوة وعلى وفق هذا ما ذكر صاحب
الخلاصة وقال في الخانية ولو شك فصلى بلا تحر فعلم في الصلوة انه اصاب
القبلة او اخطأ يستأنف لان الافتتاح كان ضعيفا وان علم بعد الصلوة

انه اصاب لا يعيدها لان ثمه لا يحتاج الى البناء ويوافق هذا ما في العيد
والتحفة والبدايع • وان تحرى كل جهة بلا علم حال امامهم لمانع كالظلمة •
وهم خلفه سواء علموا انهم خلفه او لم يعلموا فان الشرط كونهم خلفه
في الواقع لا علمهم بذلك كما توهم جاز • وانما قال بلا علم حال امامهم لانه
لو علم احدهم في الصلوة جهة توجه الامام ومع ذلك خالفه لا يجوز
صلوته وايضا لو كان عنده انه تقدم عليه لا يجوز صلوته ذكر في الكل
فعدم العلم بالتقدم عليه شرط وهذا اعم من العلم بانه خلفه وذلك ظاهر
ثم ان كونهم خلفه لا يقتضي ان يكون وجوههم الى ظهر الامام والا لما صح
فرض من تحرى كل منهم جهة مخالفة لجهة الآخر اذ حينئذ يلزم ان يكون
جهة الكل واحدة • وندب ان يصل قصد قلبه صلوته بتحريمتها • بيان كون
النية على وجه يتضمن الاشارة الى تفسير ما ذكر الطحاوي يكبر تكبيرة الافتتاح
مخالطا للنية اياما اي مقارنا اشار الى ان وقت النية وقت التكبير
وهو عندنا محمول على الندب والاستحباب دون الحتم والايجاب فان تقديم
النية على التحريمة جائز عندنا اذا لم يوجد بينهما عمل لا يليق بالصلوة مثل
الاكل والشرب والقران ليس بشرط وعند الشافعي القران شرط من
البدايع وبهذا تبين ان ما قيل ويصل قصد قلبه صلوته بتحريمتها ظاهر
انما ينطبق على قول الشافعي • والقصد مع لفظه افضل • فان قلت الظاهر
من قوله افضل ان لا يكون ذكر النية باللسان سنة اذ لا فضيلة في ترك
السنة وقد صرح في المحيط بانه سنة قلت ما ذكر على وفق قول المشايخ

المشايخ ان الذكر باللسان يحسن لجمع العزيمة قال في التجنيس والنية
بالقلب لانه عمله والتكلم لا يعتبر به ومن اختاره ليجتمع عزيمته وما ذكر
في المحيط منظور فيه • ويكفي للنفل والتراويح وسائر السنن نية مطلق
الصلوة وللفرض شرط تعيينه لا نية عدد ركعاته وللمقتدي نية
صلوته واقتدائه

باب صفة الصلوة

فرضها التحريمة • وهي قوله
الله اكبر وما يقوم مقامه وهو شرط عندنا وعند الشافعي ركن • والقيام
والقراءة والركوع والسجود بالجبهة او الانف وهو اسم لما صلب
فلا يكفيه ان يسجد على ما لان منه وهو الارنبة ذكره في المحيط • و
عندهما لا يجوز بالثاني وحده الا من عذر وبه يفتى • اما الاقتصار على
الجبهة فجاز بالاتفاق ذكره في الخلاصة وفي الذخيرة اجمع اصحابنا على ان
فرض السجود يتأدى بوضع الجبهة وان لم يكن بالانف عذر ومن
قال ان السجود بالجبهة والانف فرض ثم زعم انه المفتى به فقد اخطأ
مرتين • والقعدة الاخيرة قدر التشهد • قال بعضهم القعدة من الاركان
الاصلية واليه مال عصام بن يوسف والصحيح انها ليست بركن اصلي
ولهذا لو حلف لا يصلي فقيد الركعة بالسجدة يحنث وان لم يوجد القعدة
ولو اتى بما دون الركعة لا يحنث فلم يكن من الاركان الاصلية للصلوة
وان كانت من فروضها حتى لا يجوز الصلوة بدونها كذا في البدايع
والخروج بصنعه • هذا على تخريج البردعي اخذا من اثني عشرية وعلى تخريج
الكرخي ليس بفرض وهو الصحيح على ما ستقف عليه • وواجبها • ترك الواجب

لا يفسد الصلوة لكن يوجب الاثم ان كان عمداً وسجدة السهو ان كان
سهواً. قراءة الفاتحة. فلا يفسد الصلوة بتركها عندنا خلافاً للشافعي
فانها فرض يفسد الصلوة بتركها عنده. وضم سورة. لا خلاف فيه لمالك
قائلاً بفرضيته كما توهمه صاحب الهداية ذكره صاحب الغاية. ورعاية الترتيب
فيما تكرر من الافعال لا بد من قيد التكرار احترازاً عن الترتيب بين لا يتكرر
فانه فرض كالترتيب بين الركوع والسجود وبين السجود والقعدة قال
في الكافي ان الترتيب فرض فيما اتحدت شرعيته في كل ركعة كالقيام
والركوع وليس بفرض فيما تعددت في كل ركعة كالسجدة فلو ركع قبل
القيام او سجد قبل الركوع لم يجز وبما قررناه تبين ان المراد من التكرر التكرر
في كل ركعة لا في الصلوة كما سبق الى بعض الاوهام اذ لا وجه للاحتراز
عما لا يتكرر فيها على سبيل الفرضية وهو تكبيرة الافتتاح والقعدة الاخيرة
اذ لا احتمال لفك الترتيب بينهما وان من ترك القيد المذكور زعماً ان
الترتيب مطلقاً واجب فقد اخطأ وانما قال من الافعال لان ما لا يتكرر
اذا لم يكن من الافعال كالقراءة لا يكون الترتيب بينه وبين سائر الاركان
فرضاً والزعم المذكور انما نشأ عن الغفلة عن هذا القيد كما لا يخفى على من
تأمل كلامه. والقعدة الاولى والتشهد ان صاحب الذخيرة اورد
ترك التشهد في القعدة الاولى مثالاً لترك السنة المضافة الى جميع الصلوة
الا انه قال بعيد ذلك فاما التشهد في القعدة الاولى فان صدر الاسلام
كان يقول هو واجب وعليه المحققون من اصحابنا وهو صحيح وفي باب سجود السهو
من الهداية ثم ذلك التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة
فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة السهو وهو الصحيح فان قلت
اليس عند عده الواجبات ذكر قراءة التشهد مقيدة بالاخيرة فدل بمفهومه
على عدم وجوب القراءة في الاولى قلت نعم الا انه لا عبرة بالمفهوم
في مقابلة المنطوق. ولفظ السلام. خلافاً للشافعي فانه فرض لا تصح الصلوة
بدونه وعنده لا بد من ذكر هذا القيد لعدم الفرق بين الفرض والواجب
عنده فلا يتحقق الخلاف بمجرد اطلاق الفرض عليه. وقنوت الوتر وتكبيرات
العيدين وتعيين الاوليين للقراءة والطمانينة في الركوع والسجود
لم يقل وتعديل الاركان لانه يشمل ما ليس بواجب كالقومة والجلسة بين
السجدتين فانهما سنتان عند ابي حنيفة ومحمد صرح بذلك في الهداية
واما قضية الشمول فقد نص عليها صاحب الحقائق حيث قال تعديل
اركان الصلوة وهو الطمانينة والقرار في الركوع والسجود وقومة
الركوع والقعدة بين السجدتين ليس بفرض عند اصحابنا وعن ابي يوسف
في غير رواية الاصول انه فرض وهو قول الشافعي ثم طمانينة الركوع
والسجود على قولهما سنة عند الجرجاني وواجب عند الكرخي حتى يجب سجود
السهو بتركه ويكره تركه عمداً على القولين واما طمانينة قومة الركوع وقعدة
السجود بقدر تسبيحة سنة لا واجب على قولهما بالاتفاق. والجهر و
الاخفاء فيما يجهر ويخفى اماماً. وانما قال اماماً لاختصاص وجوبهما حال كونه
اماماً صرح بذلك في المحيط. وسنن غيرها او ندب اي عدا الفرائض والواجبات

اما سنة او مندوب فاذا اراد الشروع كبر حاذفا المراد بالحذف ان
لا يأتي بالمد في همزة الله ولا في باء اكبر بعد رفع يديه خلافا لابي يوسف
فانه يكبر عنده مع رفع يديه ولا يغني عن ذلك قوله ما سالح لانه خلو عن
الدلالة على الترتيب غير موجه اصابعه ولا ضام بل تركها على حالها
ماسا بابهاميه شحمتي اذنيه والمرأة ترفع حذاء منكبيها وجاز التكبير
ذكر هو ثناء خالص لله تعالى كالتهليل والتحميد والتسبيح وكل اسم مع صفة
تعظيم كقوله الله اجل او الرحمن اكبر سواء تحسن التكبير او لا خلافا لابي يوسف
والشافعي ومالك على التفصيل المذكور في الحقائق وبالفارسية وكذا
لو قرأ بها بعذر او ذبح وسمى بها وباللهم اغفر لي لا قال في الذخيرة والحاصل
من مذهبهما ان ما تجرد اسما من اسماء الله تعالى او تجرد ثناء جاز الافتتاح
وما كان مسئلة او دعاء لا يجوز الافتتاح به ويضع يمينه على شماله تحت سرته
كما في القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في قومة الركوع وبين تكبيرات العيد
قال شمس الائمة الحلواني ان كل قيام ليس فيه ذكر مسنون فالسنة فيه
الارسال وكل قيام فيه ذكر مسنون فالسنة فيه الوضع وبه كان يفتي
شمس الائمة السرخسي والصدر الكبير برهان الائمة والصدر الشهيد حسام
الائمة من الذخيرة ثم يثني ولا يوجه اراد بالثناء سبحانك اللهم الخ وبالتوجه
قراءة اني وجهت وجهي بعد التحريمة وانما اتى بثم للتفاوت بين المعطوفين
فان الوضع والارسال من الافعال والثناء من الاذكار لا للتراخي فانه
لا يلزم ان يكون الثناء متراخيا عنهما ويتعوذ للقراءة لا للثناء خلافا لابي

فيقوله المسبوق لانه لا يثني ويقرأ ويتعوذ لا المؤتم لانه يثني ولا يقرأ
فلا يتعوذ ويؤخر عن تكبيرات العيد ومن يجعله تبعا للثناء يقدمه
ويسمي لا بين الفاتحة والسورة الا على قول محمد في الصلوة المخافتة
ويسر هن اي الثناء والتعوذ والتسمية خلافا للشافعي في التسمية لما روي
ان النبي عليه السلام جهر في صلوته بالتسمية وهذا من جملة ما تمسك به
الشافعي على انها آية من الفاتحة ثم يقرأ ويؤمن في ولا الضالين سرا
خلافا للشافعي في الجهرية كالمؤتم وعند مالك لا يأتي الامام بالتأمين و
رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ثم يكبر للركوع خافضا ويعتمد بيديه
على ركبتيه مفرجا اصابعه باسطا ظهره غير رافع ولا منكس رأسه ويسبح ثلثا
وهو ادناه اي ادنى الكمال لا الجواز ثم يسمع اي يقول سمع الله لمن حمده
رافعا رأسه ويكتفي به الامام خلافا لهما واختار الطحاوي قولهما ويحمد
المؤتم خلافا للشافعي والمنفرد يجمع بينهما هذا في رواية الحسن عنه
وقال صاحب الهداية وهو الاصح وفي الخلاصة الصحيح من مذهبه انه يأتي
بالتحميد لا غير وقال في المبسوط وهو الاصح وعليه اكثر المشايخ ويقوم
مستويا قد مر انه سنة عندهما خلافا لابي يوسف والشافعي ثم يكبر
ويسجد فيضع ركبتيه اولا ثم يديه وضع الركبتين واليدين سنة عند
ائمتنا الثلثة وعند زفر وهو قول الشافعي ومختار الفقيه ابي الليث
رحمهم الله انه واجب واما وضع القدمين فقد ذكر صاحب
القدوري والكرخي والجصاص انه فرض ثم وجهه

انه فرض • ثم وجهه بين كفيه ويديه حذاء اذنيه • وقال الشافعي يضعهما
حذاء منكبيه • ضامًا اصابعه مبديًا ضبعيه • الضبع بسكون الباء
العضد • مجافيًا بطنه عن فخذيه موجهًا اصابع رجليه نحو القبلة ويسبح فيه
ثلثًا • وهو ايضًا ادناه ويستحب ان يزيد على الثلث فيهما بشرط ان
يختم بالوتر وان كان امامًا لا يزيد على وجه يمل القوم • فان سجد على
كور عمامته • كور العمامة دورها وعند الشافعي لا يجوز السجدة عليه
والخلاف فيما اذا وجد حجم الارض واما بدونه فلا يجوز اجماعًا ذكر في
المختلف وتفسير وجدان الحجم ما قالوا ان بالغ يتسفل راسه ابلغ من
ذلك ذكره في التجنيس ثم ان الظاهر من تعليل اصحابنا المذكور في
الهداية وغيره بان النبي عليه السلام كان يسجد على كور عمامته عدم الكراهة
فيه عندنا لان في عبارة كان دلالة على التكرر والفعل مرات او فاضل
ثوبه او شيء يجد حجمه ويستقر جبهته عليه جاز والا فلا وكذا لو سجد للزحام على
ظهر من في صلوته لا غيره • لو سجد على ظهر من هو في صلوته يجوز للضرورة
وعلى ظهر من يصلي صلوة اخرى او ليس في الصلوة لا يجوز لعدم الضرورة
والمرأة تخفض وتلزق بطنها بفخذيها • ويرفع مكبرًا ويجلس مطمئنًا ويكبر و
يسجد مطمئنًا ويكبر ويرفع راسه اولًا ثم يديه ثم ركبتيه ويقوم مستويًا
بلا اعتماد على الارض ولا قعود • وقال الشافعي يعتمد بيديه على الارض
ويجلس جلسة خفيفة • والركعة الثانية كالاولى لكن لا ثناء ولا تعوذ و
لا رفع يديه فيها • وقال الشافعي يرفع في الركوع والرفع منه • واذا اتمها افترش

رجله اليسرى وجلس عليها ناصبًا يمناه موجهًا اصابعه نحو القبلة باسطًا
يديه على فخذيه موجهًا اصابعه نحو القبلة • ذكر ابو يوسف في الامالي انه
يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الوسطى والابهام ويشير بالسبابة و
ذكر محمد انه عليه السلام كان يشير ونحن نصنع بصنيعه عليه السلام وقال
هو قول ابي حنيفة وكثير من المشايخ لا يرون الاشارة وكرهها
في منية المفتي وقال في الفتاوى لا اشارة في الصلوة الا عند
الشهادة في التشهد وهو حسن • وتشهد كابن مسعود • وقال
الشافعي الاخذ بتشهد ابن عباس اولى • ولا يزيد عليه في القعدة
الاولى ويقرأ فيما بعد الاوليين الفاتحة فقط • وهي افضل
وان سبح او سكت جاز وروى الحسن عن ابي حنيفة انها واجبة
والصحيح الاول • وتقعد كالاولى • خلافًا للشافعي ومالك واحمد
فان السنة التورك في كل تشهد يعقبه التسليم عند الاول وفي الجميع
عند الثاني وفي كل تشهد ثان عند الثالث ذكره في التبيين والتورك
هو هيئة جلوس المرأة في الصلوة المذكورة في قوله • والمرأة تجلس
على اليتها اليسرى مخرجة رجليها من الجانب الايمن فيهما • اي في
القعدتين • وتشهد ويصلي على النبي عليه السلام • وهو سنة عندنا
وعند الشافعي فرض قال الكرخي الصلوة على النبي عليه السلام واجبة على
الانسان مرة ان شاء جعلها في الصلوة او في غيرها وعن الطحاوي انه
يجب عليه الصلوة كلما ذكر قال شمس الائمة السرخسي وما ذكر الطحاوي

مخالف للاجماع فعامة العلماء على ان الصلوة على النبي عليه السلام كلما ذكر مستحبة
وليست بواجبة كذا في الذخيرة والمحيط ويدعو بما يشبه القرآن او ما
من الدعاء لا كلام الناس خلافا للشافعي فان عنده يجوز ان يدعو في
الصلوة بكل ما جاز في خارجها والاصل فيه عندنا ان كل ما لا يستحيل
سؤاله من العباد فهو كلامهم وما يستحيل فليس بكلامهم ثم يسلم عن يمينه
مع من ثمه من الذي يشاركه في صلوته والملك ثم عن يساره كذلك
والمؤتم ينوي امامه في جانبه وفيهما ان حاذاه هذا قول محمد وهو رواية
عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف نواه في الاول فقط والامام ينويهما
وقيل لا ينويهم لانه يشير اليهم بالسلام وقيل ينوي بالاول لا غير خلافا
لمالك اذا كان يعرفه والصحيح الاول والمنفرد الملك فقط

فصل

يجهر الامام في الجمعة والعيدين والفجر واوليي العشائين اداء وقضاء
لا غير والمنفرد خير ان ادى لكن الاول افضل وخافت حتما ان قضى هو
الصحيح كذا في الهداية وفيه نظر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يخير
اعتبارا بالفرائض في حق المنفرد لانه تبع لها وادنى الجهر اسماع غيره
وادنى المخافتة اسماع نفسه هو الصحيح رد لما قيل ان ادنى الجهر اسماع
نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف وكذا في كل ما تعلق بالنطق كالطلاق
والعتاق والاستثناء وغيرها من البيع والنكاح والايلاء واليمين
اي ادنى المخافتة في هذه الاشياء اسماع نفسه حتى لو طلق بحيث صحح
الحروف ولكن لم يسمع نفسه لا يقع ولو طلق جهرا ووصل ان شاء الله تعالى

بحيث لم يسمع نفسه يقع الطلاق ولا يصح الاستثناء وان ترك
سورة اوليي العشاء قرأها بعد فاتحة اخريه وجهر بهما ان ام ولو ترك
فاتحتهما لم يعد هذا عندهما وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما ثم المذكور
في الجامع الصغير يدل على الوجوب وهو قوله قرأها وفي الاصل ذكر بلفظ
الاستحباب فقال احب الي ان يقضيها وفرض القراءة آية والمكتفي بها
عمدا آثم لترك الواجب هذا عنده وقالا ثلث آيات قصار او آية طويلة
وسنتها في السفر عجلة الفاتحة واي سورة شاء وامنة نحو البروج وانشقت
وفي الحضر واستحسنوا طوال المفصل للفجر والظهر واوساطه في العصر و
العشاء وقصاره في المغرب ومن الحجرات الى البروج طوال ومنها
الى لم يكن اوساط ومنها الى الآخر قصار وفي الضرورة بقدر الحال
وكره توقيت سورة اي تعيينها لصلوة قال الطحاوي والاسبيجابي
هذا اذا راه حتما واجبا بحيث لا يجوز غيرها او راى قراءة غيرها مكروهة
اما لو قرأها لاجل التيسير عليه او تبركا بقراءته فلا كراهة في ذلك لكن
يشترط ان يقرأ غيرها احيانا لئلا يظن الجاهل ان غيرها لا يجوز
ولا يقرأ المؤتم بل يستمع وينصت خلافا للشافعي فانه يقول يجب
على المؤتم قراءة الفاتحة ولنا قوله تعالى اذا قرئ القرآن فاستمعوا له
وانصتوا قال ابو هريرة رض كانوا يقرؤون خلف الامام فنزلت
وقال احمد اجمع الناس على ان هذه الآية في الصلوة وان قرأ
امامه آية ترغيب او ترهيب او خطب عطف على قرأ لما كانت الخطبة

قائمة مقام ركعتي الظهر نزل من حضرها منزلة المؤتم فلا دلالة فيه وفي قوله
او صلى على النبي عليه السلام على ان يكون الخطبة والصلوة على النبي عليه السلام
واقعتين في نفس الصلوة ولا اتجاه لما قيل انه يقتضي ان يكون الاقتداء
واجبا قبل الخطبة لانعدام التنزيل المذكور حينئذ فتدبر الا اذا قرأ قوله
تعالى صلوا عليه وسلموا فيصلي سرا واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط
السكوت والجماعة سنة مؤكدة اي قوية تشبه الواجب في القوة وتسقط
بالاعذار منها المطر والطين والبرد الشديد والظلمة الشديدة والاولى
بالامامة الاعلم بالسنة ثم الاقرأ ثم الاورع ثم الاسن فان ام عبد او
هو الذي يسكن في البادية عربيا كان او عجميا لان الغالب عليه الجهل او
فاسق او اعمى هذا اذا كانوا سواء فاما اذا كان الاعمى افضل فتقدمه
اولى كذا في المبسوط لخواهرزاده او مبتدع او ولد زنا كره كجماعة
النساء وحدهن ويقف الامام وسطهن لو فعلن قال الامام المطرزي
الامام من يؤتم به اي يقتدى به ذكرا كان او انثى وحضور الشابة
كل جماعة والعجوز الظهر والعصر والجمعة لا الفجر وقيل المغرب كالظهر
لانتشار الفساق فيه والجمعة كالعيدين لامكان الاعتزال وقالا
ان العجائز تخرجن في الصلوة كلها لانها لا فتنة لقلة الرغبة فيهن
او هذا في عصرهم واما في زماننا جماعات النساء مكروهة لفساد دهن
كذا في الحقائق ويقتدي المتوضي بالمتيمم خلافا لمحمد فان الطهارة بالتراب
بدل عن الطهارة بالماء عنده والاولى ضرورية بخلاف الثانية فيكون

بناء القوي على الضعيف وعندهما التراب خلف عن الماء فيعمل عمله عند عدمه
والغاسل بالماسح والقائم بالقاعد خلافا لمحمد والمومي بالمومي الا ان يومي
المؤتم قاعدا والامام مضطجعا والمتنفل بالمفترض لا رجل بامرأة او صبي
خلافا للشافعي في الصبي وطاهر بمعذور وقارئ بامي ولابس بعار
وغير مومي بموم خلافا لزفر ومفترض بمتنفل لان بناء القوي على الضعيف
لا يجوز ومفترض فرضا اخر لان الاقتداء شركة فيجب الاتحاد والامام لا يطيل
ولا قراءة الاولى الا في الفجر وقال محمد احب الي تطويل الاولى في الصلوات
كلها فيقيم مؤتما توحد عن يمينه ويتقدم ان زاد اي اذا كان المؤتم
واحدا يأمره الامام ان يقوم عن يمينه واذا كان متعددا فالاولى
ان يتقدم الامام لا انه يأمرهم بالتأخر عنه لانه ايسر وان ظهر حدثه
يعيد المؤتم لان صلوة الامام يتضمن صلوة المقتدي ففساده يوجب
فسادها ويصف الرجال ثم الصبيان ثم الخناثى بالفتح جمع الخنثى
كالحبالى جمع الحبلى ثم النساء فان حاذته مشتهاة حالا او ماضيا محرما
كانت او اجنبية بلا حائل قدر مؤخر الرحل وغلظه مثل غلظ الاصبع والفرجة
تقوم مقام الحائل وادناها ما يقوم فيه الرجل ذكره في التبيين في صلوة
مطلقة هي التي لها ركوع وسجود في الاصل مشتركة تحريمة وهو بان يبني
احدهما تحريمته على تحريمة الاخر او بنيا تحريمتهما على تحريمة ثالث واداء
وهو بان يكون احدهما امام الاخر او يكون لهما امام فيما يؤديانه حقيقة
او تقديرا كان ذكر الاشتراك في الاداء مغنيا عن ذكر الاشتراك في التحريمة

ولذلك اكتفى به في تلخيص الجامع الا انهم افردوا الكلام منهما بالذكر تفصيلا
لمحل الخلاف من محل الوفاق كما هو دابهم وتبعهم المصنف وذلك ان الاشتراك
تحريمة شرط اتفاقا والاشتراك اداء شرط على الاصح ذكره في شرح التلخيص بان نوى
اى الامام امامتها• نبه بهذا على ان الشركة لا توجد بدون نية الامام
امامتها وضمنه الرد على من اعتبره شرطا زائدا على شرط الشركة وفي اعتبار
النية في صحة الشركة خلاف زفر• والجهة متحدة• اى جهتها وجهته من حاذته
ذكر هذا الشرط في الغاية في باب الصلوة في الكعبة ولا يتصور اختلاف الجهة
الا في جوف الكعبة او في ليلة مظلمة اذا صلى كل واحد بالتحري في
فسدت صلوته• استحسانا والقياس ان لا تفسد وهو قول زفر والشافعي
اعتبارا بصلوتها حيث لا تفسد صلوتها وجه الاستحسان ان الرجل مامور
بتاخير النساء بقوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله وهو المخاطب
دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلوته دون صلوتها
كالمأموم اذا تقدم على امامه وان لم ينو امامتها لا تجوز صلوتها لعدم صحة
الاقتداء بدون النية حينئذ اى عند محاذاتها الرجل لان صلوتها تفسد
بالمحاذاة عند عدم نية الامام امامتها لان الفساد فرع الانعقاد وصلى
امي بقاري وامي اى ام امي قاريا واميا والفساد في هذه الصورة
عنده وقالا صلوة الامام والامي تامة لانه معذور ام معذورا وغير
معذور فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين وله ان الامام ترك
فرض القرآءة مع القدرة عليها فتفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري

يكون قرائته قراءة له بخلاف تلك المسئلة لان اللباس الموجود في حق
الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي وفيه بحث وهو انه لا قراءة
للقاري في الصورة المذكورة وليس في وسع الامي تكليف القرآءة
عليه على ان القادر بقدرة الغير لا يعد قادرا عنده ولهذا لا تجب الجمعة
على الاعمى وان وجد قائدا او استخلف في الاخريين اميا فسدت صلوة
الكل خلافا لزفر لتأدي فرض القرآءة ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلو
عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام
الاهلية وعلى هذا الخلاف لو قدمه في التشهد

باب الحدث في الصلوة

من سبقه• اى عرض له بلا اختيار• حدث انصرف• من غير مكث• وتوضأ
لانه لو مكث ثم توضأ يلزم اداء جزء من الصلوة مع الحدث فتبطل واتم
والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي• ولو بعد التشهد لان التسليم
واجب عليه فلا بد من التوضؤ ليأتي به صرح به في الهداية وهذا صريح
في انه لا خلاف للامام ههنا اذ لا خلاف لهما في وجوب التسليم• والاستيناف
افضل والامام يجر آخر الى مكانه• يعني ان كان من سبقه الحدث اماما يستخلف
احدا من الجماعة ويجره الى مكانه• ثم يتوضأ ويتم ثمه او يعود• انما خير
لان في الاول قلة المشي وفي الثاني اداء الصلوة في مكان واحد
كالمنفرد ان فرغ امامه• الضمير يرجع الى الامام الذي استخلفه فانه امام له
وللقوم والا اى ان لم يفرغ امامه عاد• واتم خلف خليفته فانه امامه الا اذا
لم يكن بينهما حائل وكذا المقتدي ولو جن• مسلوب الاختيار او اغمي عليه او احتلم

بأن نام في الصلوة نوما لا ينقض وضوءه لانه يندر وجود هذه العوارض
فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو الحدث او قهقه او احدث عمدا او اصابه
نجس كثير هذه ان يكون فوق الدرهم او شج فسال دمه او ظن انه احدث
فخرج من المسجد او جاوز الصفوف خارجه اي حال كونه خارج المسجد فان مكان
الصفوف في الصحراء له حكم المسجد انما قيد بأحد هذين القيدين اذ بدونهما
لا تبطل الصلوة ان لم يستدبر القبلة فيصلي ما بقي او استخلف هذا مخصوص
بالامام وما ذكرا ولا اشتراك بينه وبين المؤتم او جاوز موضع سجوده
من اي جانب كان منفردا اي حال كونه منفردا في الصلوة ثم ظهر طهره بطلت
ولو احدث عمدا بعد التشهد من هنا ظهر ان الكلام السابق فيما يكون
قبله او تكلم او عمل ما ينافيها تمت لا لوجود الخروج بصنعه لانه متمم الاركان
عند القائل ح لا تتم الصلوة بل لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة
عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان ذكره في الهداية ويبطلها بعد
اي بعد التشهد عنده خلافا لهما قيل مبنى هذا الخلاف على ان الخروج بصنعه
فرض عنده لا عندهما وكان الكرخي يقول لا خلاف بين اصحابنا في ان
الخروج بصنعه ليس بفرض وليس فيه نص عن ابي حنيفة وانما استنبطه
ابو سعيد البردعي لما رأى جواب ابي حنيفة في هذه المسائل انها تبطل فقال
من ذات نفسه لا تبطل الا بترك فرض ولم يبق عليه الا الخروج منها بفعله فكان
الخروج من الصلوة بفعل المصلي فرض عنده وهذا غلط منه لانه لو كان
فرضا كما زعمه لاختص بما هو قربة وهو السلام ولما لم يختص به علمنا انه ليس

بفرض وانما قال انها تبطل في هذه المسائل لان ما يغير في اثنائها يغير في
اواخرها كنية الاقامة واقتداء المسافر بالمقيم قدرة المتيمم على الماء ونزع
الماسح خفه بعمل يسير انما قال بعمل يسير اذ لو كان بعمل كثير لا تبطل الصلوة
عنده ومضي مدة مسحه اعلم ان مضي مدة المسح في هذه الحالة لا تفسد
الصلوة مطلقا بل اذا وجد الماء والا فيمضي على صلوته على الاصح ذكره
في الخانية وزوال عذر المعذور وسقوط الجبيرة عن برء وتعلم الامي
سورة ونيل العاري ثوبا وقدرة المومي على الاركان وتذكر فائتة
وهو صاحب ترتيب وتقديم القاري اميا وطلوع ذكاء في الفجر ودخول
وقت العصر في الجمعة وكذا قهقهة الامام وحدثه عمدا يبطل بعد التشهد
صلوة المسبوق لوقوعه في خلال صلوته وفيهما ايضا خلاف لهما لا الكلام
لانه في معنى السلام وخروجه من المسجد امام حصر بفتح الحاء والضم خطأ
نص عليه في المغرب عن القراءة فاستخلف صح هذا عنده خلافا لهما وكلامه
فيما اذا لم يقرأ ما يجوز به الصلوة اما اذا قرأ فعليه ان يركع ولا يجوز الاستخلاف
اجماعا كتقديمه اي كتقديم الامام سواء احدث او حصر مسبوقا الا ان
الاولى ان يقدم مدركا فيتم صلوة الامام اولا ويقدم مدركا
ليسلم بهم وحين اتمها اي اتم المسبوق صلوة الامام يضره المنافي
كالقهقهة والكلام والخروج من المسجد لو وجد منه والاول اي صلوة
الامام الاول لانه وجد في خلال صلوتهما الا عند فراغه اي فراغ الامام
الاول بان توضأ وادرك خليفته بحيث لم يسبقه بشيء واتم صلوته خلف

خليفة لا القوم اي لا تفسد صلوتهم لانها قد تمت من ركع او سجد فاحدث
اي في ركوعه او في سجوده او ذكر سجدة تركها في الركعة الاولى فسجدها
يعيد ما احدث فيه ان توضأ وبنى حتما وما ذكرها فيه ندبا اي لا يجب عليه
اعادة الركوع او السجود الذي تذكر فيه لكن ان اعاد يكون مندوبا
ان ام واحدا فاحدث اي الامام وخرج من المسجد ذكره في الهداية ولا منه
لانه ان لم يخرج منه فهو على امامته حتى يجوز الاقتداء ذكره الزيلعي فالماموم
امام بلا نية اي من غير حاجة الى ان ينوي الامام امامته لان النية للتعيين
وهو متعين في الصورة المذكورة ان صلح لها والا اي ان لم يصلح للامامة
بان كان امرأة او صبيا او خنثى او اميا او اخرس او متنفلا خلف المفترض
او مقيما خلف المسافر في القضاء قيل وقيل يعني انه مختلف فيه فقال
بعضهم يتعين للامامة ثم تبطل صلوة الامام في رواية كما لو استخلف
قصدا ولا تبطل في اخرى لان الامامة انتقلت منه من غير صنعه وقال
بعضهم لا يتعين للامامة ثم تبطل صلوة الامام والمقتدي في رواية وتبطل
صلوة المقتدي دون صلوة الامام في اخرى وفي الكافي الاصح هذه الرواية
هذا اذا لم يستخلفه اما اذا استخلفه فبالاجماع تبطل صلوة الامام المستخلف

باب ما يفسد الصلوة

وما يكره فيها يفسدها الكلام مطلقا اي عامدا
كان او ساهيا يقظانا كان او نائما مكرها كان او غير مكره خلافا للشافعي
في الخطاء والنسيان والسلام عمدا احترز عن السلام سهوا فانه غير مفسد قال
في الهداية لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا حالة النسيان وكلاما في حال التعمد

لما فيه من كاف الخطاب ورده اطلقه لانه مفسد عمدا كان او سهوا لانه
كلام محض فان قلت ذكره صاحب الهداية في فصل ما يكره للمصلي قلت
نعم الا انه افصح حيث علل بقوله لانه كلام عن انه مفسد والانين والتأوه
والتأفيف وبكاء بصوت سواء كان من وجع او مصيبة الا من ذكر الجنة
او النار فانه لا يفسد وتنحنح بلا عذر خلافا لابي يوسف ذكره صاحب الخلاصة
وتشميت عاطس وجواب خبر سوء بالاسترجاع وسار بالحمدلة وعجيب بالسبحلة
والهيللة وفتح على غير امامه هذا يشمل فتح المقتدي على غير المصلي وعلى المنفرد
وفتح الامام والمنفرد على اي شخص كان وكل ذلك مفسد الا اذا قصد به
التلاوة دون الفتح ولذلك قال يقصده اي بقصد الفتح وان فتح
على امامه لا يفسد استحسانا وقيل ان قرأ قدر ما يجوز به الصلوة تفسد
لانه لا ضرورة اليه وقيل ان انتقل الى آية اخرى ففتح تفسد صلوة الفاتح
وكذا صلوة الامام ان اخذ بقوله لعدم الحاجة اليه وقراءته من مصحف
وقالا لا يفسدها الا انها تكره والشافعي ينكر الكراهة ايضا وسجوده على
نجس والدعاء بما يسأل من الناس نحو اللهم زوجني فلانة واعطني الف
دينار واكله وشربه وعمل كثير لا اليسير فانه لا يفسد بخلاف الكثير واختلف
في حده قيل هو ما يحتاج الى اليدين وقيل ما يشك الناظر ان عامله في
الصلوة او لا وهو اختيار العامة وقيل ما يستكثره المصلي قال السرخسي
هذا اقرب الى مذهب ابي حنيفة رحمه الله فان دأبه التفويض الى رأي
المبتلى به ومن صلى ركعة ثم شرع اي صلى ركعة من الصلوة ثم نوى عليه

لا بلسانه لانه يفسد ذكره في الخلاصة وجدد التحريمة من غير رفع اليد حتى كما
شرع في اخرى اي يتم ما شرع ثانيا ان كان صلوة اخرى ولا يحتسب منها الركعة
التي صلاها قبلها والا اتم الاولى اي ان كان ما شرع فيه ثانيا هو الاولى
فالركعة التي صلاها محسوبة فيتم الاولى ولا يفسد ما مرور احد ويأثم ان مر
في موضع صلوته تكلموا في الموضع الذي يكره المرور فيه والاصح انه موضع صلوته
وهو من قدمه الى موضع سجوده ذكره في التبيين بلا حائل فاذا تحفظا
معا يأثم احدهما دون الآخر فتدبر وان كان على دكان شرط المحاذاة
اي شرط في كون المار آثما ان يحاذي اعضاؤه اعضاءه ويغرز امامه في الصحراء
سترة بقدر ذراع وغلظ اصبع بقربه على احد حاجبيه ولا يخط ويدرأه
بالتسبيح او الاشارة لا بهما ان عدم سترة او مر بينه وبينها وكفى
سترة الامام وجاز تركها ان امن المرور ولم يواجه الطريق لم يقل
عند عدم المرور او الطريق لان عدم الطريق ليس بشرط وانما الشرط
عدم مواجهته وكره سدل الثوب هو ان يجعل الثوب على رأسه او كتفيه
ثم يرسل اطرافه من جوانبه كذا في الهداية ويوافقه ما في الخانية وفي المبسوط
والخلاصة هو ان يضع الرداء او القباء على كتفيه ولم يدخل يديه في كميه
وقيل ما ذكر اولا في الطيلسان وكفه وهو رفعه من بين يديه او من
خلفه عند السجود لانه نوع تجبر من الكافي وعبثه به وبجسده وعقص شعره
قال في المبسوط هو ان يشد ضفيرته حول رأسه كما تفعل النساء وفرقعة
اصابعه هو ان يغمزها او يمدها حتى تصوت والتفاته هو ان ينظر بمنة

او يسرة مع لي عنقه اما النظر بموخر عينه بلا لي العنق فلا بأس فيه
ونظره الى السماء ومسح جبهته من التراب وقلب الحصا الا مرة سأل
ابو ذر خير البشر عن تسوية الحجر فقال يا ابا ذر مرة او ذر وعد الآي والتسبيح
وتخصره قيل هو التوكؤ على العصا وقيل وضع اليد على الخاصرة وفيه
ان عقد اليد سنة فيكره تركه سواء وضع اليد على الخاصرة او على عضو آخر
وتمطيه اي تمدده واقعاؤه هو القعود على اليتيه ناصبا ركبتيه
وافتراش ذراعيه اي بسطهما وتربعه بلا عذر وقيام الامام يعني لا على
نص عليه في الخانية في طاق المسجد اراد به المحراب وانما قال قيامه
اذ لا كراهة في سجوده فيه اذا كان قائما خارجه او على دكان او على الارض
وحده اي انفراد الامام على الدكان وعكسه والقيام خلف صف وجد
فيه فرجة هذا اذا كان هو في صف آخر وان كان منفردا يكره وان لم يجد
فرجة امامه فحينئذ ينبغي ان يجذب احدا من الصف اولا ثم يكبر وصورة
ان كانت في ثوبه او امامه او بحذائه اي على احد جنبيه او في السقف
او معلقة او كانت خلفه او تحت قدمه لا يكره الصلوة ولكن يكره كراهة
جعل الصورة في البيت ذكره الامام العتابي في شرح الجامع الصغير
الا اذا صغرت جدا بحيث لا تبدو للناظر او محي رأسها من صفا ظهر
ان تمثال غير ذي روح لا يكره وصلوته حاسرا رأسه للتكاسل او التهاون
بها اراد بالتهاون بها قلة رعايتها ومحافظة حدودها لا الاهانة
بها لانها كفر لا للتذلل وفي ثياب البذلة بكسر الباء ما يمتهن من

الشباب والمراد ما يلبسه المرء في بيته ولا يذهب به الى الكبراء من صحابه نعم
ان الكراهة انما يكون اذا كان له ثوب اخر • والوطئ والتخلي فوق المسجد
والبول فوقه وفوق بيت فيه مسجد • اي مكان اعد للصلوة وجعل له
محراب واشار الى هذا بتعريف الاول وتنكير الثاني • وغلق بابه لا نقشه
بالجص والساج وماء الذهب وصلوته على ظهر قاعد يتحدث وتنور شمع
او عقرب فيهما **باب الوتر والنوافل** الوتر ثلث ركعات • خلافا للشافعي
فان عنده في قول ركعة • وجب • قال ابو حنيفة الوتر فرض وبه اخذ
زفر ثم رجع وقال سنة وبه اخذ ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي
ثم رجع وقال واجب كذا في التحفة • بسلام اي بسلام واحد وهذا احد
قول الشافعي وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك • وقنت قبل
ركوع الثالثة • خلافا للشافعي فان القنوت عنده بعد رفع الراس
من الركوع • يكبر رافعا يديه ثم يقنت فيه ابدا • خلافا للشافعي فان القنوت
عنده في النصف الاخير من رمضان فقط • دون غيره • خلافا للشافعي
فان القنوت في صلوة الفجر مسنون عنده في جميع السنة • ويقرا في كل ركعة
منه الفاتحة وسورة • ويتبع القانت • اي يتبع الامام ان قرا الامام القنوت
بعد ركوع الوتر لا القانت في الفجر • خلافا لابي يوسف بل سكت عن قيد
القيام والقعود لانه مختلف فيه • وسن قبل الفجر وبعد الظهر والمغرب
والعشاء ركعتان وقبل الظهر والجمعة وبعدها اربع بتسليمة وحبب
الاربع قبل العصر والعشاء وبعده • وكره مزيد النفل على اربع بتسليمة نهارا

وعلى ثمان ليلا والاربع افضل فيهما • وفرض القراءة في ركعتي الفرض وكل
الوتر والنفل • ولزم اتمام نفل شرع فيه قصدا • احترز عن الشروع فيه
قصد الغير كما اذا ظن انه لم يصل فرض الظهر فشرع فيه فتذكر انه قد صلى
فانه يصير ما شرع فيه نفلا ولا يجب اتمامه حتى لو نقضه لا يجب القضاء • ولو عند
الطلوع والغروب • وقضى ركعتين لو نقض في الشفع الاول والثاني •
يعني شرع في نفل ذات اربع وافسد ما في الشفع الاول يقضيه لا الثاني
لانه لم يشرع فيه وان قعد على ركعتين وقام الى الثالثة ثم افسد ما
يقضي الشفع الاخير فقط لان الاول قد تم وهذا بناء على ان كل شفع
من النفل صلوة على حدة • كما لو ترك قراءة شفعيه • وقال ابو يوسف عليه
قضاء الاربع • او الاول او واحده او الثاني او واحده او الاول
واحدى الثاني • وعند ابي يوسف في الاخير قضاء الاربع • لا غير اي قضاء الركعتين
ليس في غير هذه الصور • واربع لو ترك في احدى كل شفع او في الثاني واحدى
الاول • وعن محمد في الاخير قضاء ركعتين وهذه المسئلة على ثمانية اوجه
واصلها عند محمد ان اخلاء الاوليين او احديهما عن القراءة يقطع التحريمة
فلا يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي حنيفة اخلاء الاوليين يقطع التحريمة
وعند ابي يوسف كلاهما لا يقطع التحريمة فيصح بناء الشفع الثاني عليه
وانما يوجب فساد الاداء حتى لو قرا في الشفع الثاني صح هذا الشفع وعليه
قضاء الشفع الاول • ولا قضاء لو اتم الثانية ثم نقض تشهد او لا • اي لو
تنفل ذات اربع واتم الركعة الثانية ثم نقض لا قضاء عليه لانه لم يشرع

في الشفع الثاني فلم يجب عليه وقد اتم الشفع الاول تماما اذا تشهد فظهر واما
اذا لم يتشهد وكان موجب كون كل شفع من النفل صلوة على حدة ان يفسد
الشفع الاول الا انه لم يفسد قياسا على الفرض ويتنفل قاعدا مع قدرة
قيامه ابتداء اي وقت الشروع وكره بقاء يعني بعد الشروع الا لعذر وراكبا
موميا خارج المصر هذا القيد لنفي الجواز في المصر وعن ابي يوسف انه يجوز فيه
ايضا دا في ضمنه من الاطلاق عن قيد السفر لنفي اشتراطه الى اي جهة توجه
لان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمنا النزول والاستقبال ينقطع عنه
القافلة او ينقطع هو عن القافلة كذا قال صاحب الهداية وقد شجعه الشيخ
الى ما يفصح عن اشتراط السفر وقد عرفت انه ليس بشرط فلو افتتح راكبا
ثم نزل بنى لانه يؤديه اكمل مما وجب عليه وبعكسه لا لان التحريمة انعقدت
موجبة للركوع والسجود فلا يجوز اداؤه بالايماء سن التراويح في
رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح لانه واظب عليها الخلفاء
الراشدون والنبي عليه السلام بين العذر في ترك المواظبة وهو خشية ان يكتب
علينا عشرون ركعة بعد العشاء الى اخر الليل قبل الوتر وبعده في
الاصح ذكره في الهداية خمس ترويحات لكل ترويحة تسليمتان وجلسة
بعدها قدر ترويحة والسنة فيها الجماعة والمسجد قال في البدايع من
صلاها في بيته وحده او بجماعة لا يكون له ثواب سنة التراويح لترك
سنة الجماعة او المسجد على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل مسجد عن اقامتها
كانوا مسيئين واثمين ذكره في البدايع ولو اقامها البعض فالمتخلف عن

الجماعة تارك الفضيلة والختم مرة ولا يترك لكسل القوم وفي البدايع واما
في زماننا فالافضل ان يقرأ الامام على حسب حال القوم من الرغبة والكسل
ولا يوتر بجماعة خارج رمضان على اجماع المسلمين **فصل** عند الكسوف
يصلي امام الجمعة بالناس ركعتين كالنفل اي على هيئته بلا اذان
واقامة خلافا للشافعي فان عنده في كل ركعة ركوعان فلا يكون على
هيئة النفل مخفيا وقالا يقرأ بالجهر مطولا قرأته فيهما ويدعو بعدهما
حتى تنجلي ولا يخطب وان لم يحضر اي امام الجمعة صلوا فرادى كالخسوف
ولا جماعة في الاستسقاء ولا خطبة وان صلوا وحدانا جاز وهو دعاء
واستغفار يستقبل بها بلا قلب رداء خلافا لمحمد وحضور كافر لما عرفت
انه دعاء وما دعاء الكافرين الا في ضلال **باب ادراك الفريضة**
من شرع في فرض اي منفردا فاقيمت له المعتبر فراغ المؤذن عن الاقامة
لا الشروع فيها ان لم يسجد للركعة الاولى او سجد وهو في غير رباعي ثنائيا
كان او ثلاثيا قطع واقتدى لانه ان لم يقطع وصلى اخرى يتم صلوته
في الثنائي ويوجد الاكثر في الثلاثي وللاكثر حكم الكل فيفوت الاقتداء
او لانه يصير متنفلا بركعتين بعد الغروب في المغرب والقطع لقصد الاكمال
فلا يكون ابطالا وكذا فيه اي يقطع في الرباعي ايضا بعد ضم اخرى
حتى يصير ركعتان نافلة ثم يقطع ويقتدي وان صلى ثلثا منه اي
من الرباعي يتمه ثم يقتدي متنفلا لانه ادى الاكثر وللاكثر حكم الكل
الا في العصر لان النافلة بعد العصر مكروهة كره الخروج من مسجد اذن فيه لمن

ثم يصلي اي الفرض الذي أذن له لا لمقيم جماعة اخرى اي لمن ينتظم به امر
جماعة اخرى كما اذا كان اماما او مؤذنا لهم او قدوة يكون غيبته سببا
لتفرق القوم او قلته ولمن صلى الظهر او العشاء مرة الا عند الاقامة
لما فيه من مخالفة الجماعة عيانا بلا عذر بخلاف المقيم فان له عذرا وفي غيرهما
يخرج وان اقيمت لانه ان صلى يكون نفلا والنفل بعد الفجر والعصر مكروه
مطلقا واما في المغرب فليس لان النفل مكروه بعدها بل لانه لا يشرع
ثلث ركعات ويترك سنة الفجر ويقتدي من لم يدرك الفرض ان خشي ان
اداها ومن ادرك ركعة منه صلاها ولا يقضيها الا تبعا لفرضه
ان فاتته سنة الفجر بدون الفرض لا تقضيها اصلا عندهما وعند محمد تقضيها
تبعا له الى وقت الزوال وكذا بعد الزوال عند بعض المشايخ خلافا
لبعض آخر واما سائر السنن فلا تقضي بعد خروج الوقت بالاتفاق وتقضي
مع الفرض او وحدها في ظاهر الرواية ويترك سنة الظهر في الحالين
اي سواء كان يدرك الفرض ان اداها او لا ويقتدي ثم يقضيها
قبل شفعه اي قبل الركعتين اللتين بعد الفرض وغيرهما لا يقضي اصلا
ومدرك ركعة من الظهر غير مصل جماعة فيحنث ان حلف لا يصلين الظهر
جماعة فلم يدرك الا ركعة بل يدرك فضلها وآتي مسجد صلى فيه يتطوع قبل
الفرض ان اراد ان يصلي فرضه منفردا وقيل يصلي السنن الرواتب قطعا
ولا تخيير فيها مع الامكان وقيل يتخير واما ما زاد عليها من التطوع يتخير فيه
بلا خلاف الا عند ضيق الوقت حذرا عن تفويت الفرض اقتدى بامام

راكع فوقف حتى رفع رأسه لم يدرك ركعة خلافا لزفر والشافعي
ركع فلحقه امامه فيه صح خلافا لزفر لانه صح ان لم يعد الركوع لان ما اتى به قبل
الامام لا يعتد به فكذا ما بني عليه ولهم ان الشرط المشاركة في جزء من
الركن وقد وجد **باب قضاء الفوائت** فرض الترتيب خلافا
للشافعي بين الفائتة فرضا كانت او وجبا يرشدك اليه هذا التعميم
التفريع الآتي بعيد هذا والوقتية وبين الفوائت لا بد من هذا التفصيل
ومن الجهل قائلا بين الفروض الخمسة والوتر فقد اخطأ حيث لم يأت
بما دل على فرضية الترتيب بين الفروض الخمسة منفردة عن الوتر فلم تخرج
مخرجه من ذكرانه لم يوتر هذا عنده خلافا لهما ومبني الخلاف على ان الوتر
واجب عنده وسنة عندهما الا ان يكون في آخر الوقت صرح به
الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وهو موجب الاستثناء الذي
ذكره بقوله الا اذا ضاق الوقت يعني عن القضاء والاداء وان
كان يسع فيه بعض الفوائت مع الوقتية يقضي ما يسع مع الوقتية
او نسيت توسعوا في عبارة النسيان منها حيث ارادوا ما يعم
الجهل المعتبر فلا يعيد الوتر ويعيد العشاء والسنة من علم انه صلى
العشاء بلا وضوء والاخريين به انما يعيد السنة مع انه صلاها بوضوء
لانه تبع الفرض فلم يصح اداؤها مستقلة بخلاف الوتر فانه صلوة مستقلة
عنده فصح اداؤه لان الترتيب وان كان فرضا بينه وبين العشاء
لكنه اداه بزعم انه صلى العشاء بالوضوء فكان غافلا عن ان العشاء في ذمته

فسقط الترتيب بعذر الغفلة وعندهما يعيد الوتر ايضا بناءً على انه سنة
عندهما او فائتت ست بخروج وقت الصلوة السادسة حديثة كانت
او قديمة لو جمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل يجوز الوقتية مع
تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا يجوز ويجعل القديمة كان لم تكن
زجرا له عن التهاون قال الصدر الشهيد الصحيح هو الاول وفي شرح الجامع الصغير
للتمرتاشي الاول اصح والثاني احوط وقال صاحب الهداية في التجنيس الاول
اقيس والفتوى على الثاني قلت بعد الكثرة اولا. هذا مختار الامام
السرخسي وقال صاحب المحيط وعليه الفتوى وفي التجنيس اذا قل ما عليه
عليه يعود الترتيب عند البعض وهو الصحيح فيصح وقتي من ترك صلوة
شهر فندم واخذ يودي الوقتيات ثم ترك فرضا. تفريع على قوله حديثة
كانت او قديمة. او قضى صلوة شهر الا فرضا او فرضين. تفريع على قوله
قلت بعد الكثرة اولا صلى خمسا ذاكرا فائتة وفي الوقت سعة.
ذكره في الحقائق ومن ذكر الشرط الاول وترك الثاني فكانه نسي انهما سيان
في توقف وجوب الترتيب عليهما. فسد الخمس موقوفا. خلافا لابي يوسف ومحمد
وهو القياس. وان قضى الفائتة قبل اداء السادسة بطل فرضية الخمس
لا اصلها. لانه لا يلزم من بطلان الفرضية بطلان اصل الصلوة عندهما
خلافا لمحمد. والا. اي وان لم يقضها قبل اداء السادسة وهذا اعم من
قضائها بعد اداء السادسة ومن عدم قضائها حتى يخرج وقت السادسة
صح الكل. لهما ان الكثرة علة سقوط الترتيب فيثبت الحكم لوجود العلة في حق

ما بعدها وله ان الترتيب سقط بالكثرة وهي قائمة بالكل فوجب ان يؤثر
في سقوط الترتيب ولهذا لو اعاد بلا غير مرتبة جازت عندهما ايضا وهذا
لان المانع من الجواز قلتها وقد زالت فلا يعتبر المانع ولا يمتنع ان يوقف
حكم على امر حتى يتبين حاله كتعجيل الزكوة الى الفقير يتوقف لان بقي
النصاب الى تمام الحول صار فرضا وان نقص وتم الحول على النقصان
صار نفلا. **باب سجود السهو** تجب له لم يقل هنا بعد سلام واحد لعدم
كونه قيدا للوجوب سجدتان وتشهد وسلام ان هو الصحيح اذا قدم
ركنا او اخره او كرره او ترك واجبا او غيره ساهيا كركوع قبل القراءة
وتاخير القيام الى الثالثة بزيادة على التشهد. لو زاد حرفا واحدا وجب
عند ابي حنيفة وقال ابو شجاع انما تجب اذا قال اللهم صل على محمد وقال
الماتريدي انما تجب اذا قال معه وعلى آل محمد وعن ظهير الدين المرغيناني
المعتبر قدر ما يؤدي به ركن عند محمد وعن ابي يوسف ومحمد لا شيء
عليه اصلا كذا في شرح مختصر القدوري للزاهدي. وركوعين وترك
القعدة الاولى والجهر فيما يخافت وعكسه وقيل كل هذه يؤول الى ترك
الواجب. فالحق التبيين والصحيح انه تجب بترك الواجب لا غير وهو
المراد بقوله في المختصر بترك واجب ياتي به بعد سلام واحد وقال
الشافعي قبله وقال مالك قبله في الزيادة وبعده في النقصان والخلاف
في الاولوية. ولا تجب بسهو المؤتم بل بسهو امامه ان سجد والمسبوق
يسجد مع امامه ثم يقضي سهوا عن القعدة الاولى وهو اليها اقرب

قدّم مفعول افعل التفضيل توسعاً كما صرّح به صدر الافاضل في ضرام السقط
اباه النحويون • عاد ولا سهو والا فلا وسجد للسهو وان سها عن الاخيرة
عاد ما لم يقيد بالسجدة وسجد للسهو وان قيده تحول فرضه نفلا وضمّ
سادسة ان شاء • غيره لانه لم يشرع فيه قصداً فلم يجب عليه اتمامه • وان قعد
الاخيرة ثم قام سهواً عاد ما لم يسجد للخامسة وسلّم وان سجد لها تم فرضه
وضم سادسة • هذا الضم آكد من الاول ولذلك لم يقل ان شاء
والتفاوت مع انه لو قطع لا قضاء فيهما من حيث ان فرضه قد تم في
هذه المسئلة لكن بتاخير السلام يجب سجود السهو في تينك الركعتين
فهو لتدارك نقصان الفرض واجب فيهما فلو قطعهما بان لا يسجد
للسهو يلزم ترك الواجب ولو جلس من القيام وسجد للسهو لم يكن
على الوجه المسنون فلا بد ان يضم سادسة ويجلس على الركعتين ويسجد
للسهو بخلاف تلك المسئلة فان الوظيفة قد بطلت فليس هنا تدارك
نقصان الفرض على ان اصل الصلوة باطل عند محمد فعلم ان ضم السادسة
صيانة عن البطلان آكد في هذه المسئلة • والركعتان نفل ولا قضاء
لو قطع ولا تنوبان عن سنة الظهر • لان النبي عليه السلام واظب
عليها بتحريمة مبتدأة • ومن اقتدى به فيهما صلى ستاً ولو افسد قضاهما
لانه شرع قصداً • وعند محمد يصلي ستاً ولو افسد لا يقضي • كالامام تنفل
ركعتين وسها فسجد لا يبني • كيلا يقع سجود السهو في خلال الصلوة
وان بنى صح • اي ان صلى بهذه التحريمة نافلة من غير ان يجدد جاز •

سلام من عليه السهو يخرجه عنها موقوفاً • عندهما خلافاً لمحمد • فيصح الاقتداء به
ويبطل وضوءه بالقهقهة ويصير فرضه اربعاً بنية الاقامة ان
سجد بعده • لوجود الاقتداء والقهقهة والنية في خلال الصلوة
والا • اي ان لم يسجد بل رفض • لا • اي لم يصح الاقتداء ولا يبطل الوضوء
بالقهقهة ولا يصير الفرض اربعاً بنية الاقامة لعدم وقوع الاقتداء
ويبطل الوضوء ونية الاقامة في خلال الصلوة • سها وسلم بنية
القطع بطل نيته • حتى يكون تحريمته باقية كما مر • شك اول مرة انه
كم صلى استأنف وان كثر اخذ بما غلب عليه ظنه • لانه اذا كثر يكون
في الاستيناف حرج • واختلفوا في معنى قولهم اول مرة فقيل اول
ما عرض له في تلك الصلوة وقيل معناه ان السهو لم يكن عادة له لا
انه لم يسه قط وقيل اول سهو وقع له في عمره ولم يكن سها في صلوته
قط بعد بلوغه • وان لم يغلب اخذ الاقل وقعد في كل موضع ظنه آخر
صلوته • لم يقل توهمه كما قال بعضهم لان الوهم لا يكون الا مرجوحاً
فلا يستعمل في موضع الشك بخلاف الظن فانه قد يستعمل فيه فلذلك
يقيد بالغالب **باب صلوة المريض** ان تعذر القيام لمرض
حدث قبل الصلوة او فيها صلى قاعداً يركع ويسجد وان تعذرا
اي الركوع والسجود • اومى برأسه قاعداً وجعل سجوده اخفض من
ركوعه ولا يرفع اليه شيء للسجود • وان تعذر القعود اومى مستلقياً
ورجلاه الى القبلة او مضطجعاً ووجهه اليها والاول اولى فان



تعذر الايماء اخرت ولا يومي بعينه وحاجبه وقلبه وقال زفر يومي
بهذه الاشياء واذا قدر على الايماء بالرأس يعيد ذكره في الحقائق
وفي لفظ التاخير اشارة الى انه لا يسقط الصلوة وان كان العجز اكثر
من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح من جامع قاضي خان والهداية
تعذر الركوع والسجود لا القيام قعد واومى وهو افضل من الايماء
قائما لانه اشبه بالسجود ومومٍ صح في الصلوة استانف وقاعد يركع
ويسجد فصح فيها بنى قائما خلافا لمحمد صلى قاعدا في فلك جار بلا عذر صح
خلافا لهما وفي المربوط لا الا بعذر جن او اغمي عليه يوما وليلة قضى
ما فات خلافا للشافعي وان زاد ساعة اي زمانا قليلا
لا هذا عندهما وعند محمد يعتبر الزيادة من حيث الاوقات كذا في الهداية
على وفق ما في مبسوط خواهرزاده واصول فخر الاسلام والفقيه ابو الليث
جعل اعتبار الساعات رواية عن ابي حنيفة وقال شمس الائمة في شرح
الكافي الصحيح ان العبرة لعدد الصلوات

باب سجود التلاوة

وهو سجدة بين تكبيرتين بشروط الصلوة بلا رفع يد وتشهد
وسلام وفيها سنة السجود وتجب خلافا للشافعي على من تلا
آية من اربع عشرة التي في آخر الاعراف والرعد والنحل وبني اسرائيل
ومريم واولى الحج احتراز عن الثانية وفيها ايضا سجدة عند
الشافعي رحمه الله والفرقان والنمل والسجدة وص خلافا للشافعي
وحم السجدة واختلف في موضع السجود فيه فعند علي رضي الله عنه

قوله

قوله ان كنتم اياه تعبدون وبه اخذ الشافعي وعند عمر وابن
مسعود وهو قوله تعالى لا يسأمون فاخذنا به احتياطا فان تاخير
السجدة جائز لا تعديه والنجم والانشقاق واقرأ او سمعها وان لم يقصد
اي السماع تلا الامام سجد المؤتم معه وان لم يسمع وان تلا المؤتم لم يسجد
اصلا اي لا في الصلوة ولا بعدها هذا عندهما وقال محمد يسجدونها
اذا فرغوا ويسجد السامع الخارجي سمع المصلي ممن ليس معه سجد بعدها و
لو سجد فيها اعادها لا الصلوة سمعها من امام ولم يدخل معه او دخل
في ركعة اخرى سجد لا فيها وان دخل في تلك الركعة ان كان اي
الدخول قبل سجود امامه سجد معه والا لا يسجد والسجدة الصلوتية
لا تقضى خارجها اي سجدة التلاوة التي محلها الصلوة لا تقضى خارجها
وانما قلنا التي محلها الصلوة احترازا عما وجبت فيها ومحل ادا تها
خارج الصلوة كما اذا سمع المصلي ممن ليس معه او سمع من امامه وقد لحق
به ركعة اخرى تلا ما ثم شرع في صلوة واعاد كفته سجدة وان تلاها
وسجد ثم شرع فيها واعاد سجد اخرى لان في الصورة الاولى غير الصلوتية
صارت تبعا للصلوتية وان لم يتحد المجلس وفي الصورة الثانية
لا تسجد قبل الصلوة لا يتبع عما وجبت فيها كرر ما في مجلس كفته سجدة
سواء قرأ مرتين ثم سجد او قرأ وسجد ثم قرأ ها في ذلك المجلس قال
في الحقائق قرأ آية السجدة في ركعة ثم قرأها في الركعة الثانية
يكفيه سجدة واحدة عند ابي يوسف قياسا وعليه سجدتان عند محمد

استحسانا والمأخوذ قول ابي يوسف وهذا اذا سجد للاولى ثم
قراءها ولو لم يسجد للاولى فاعادها في الثانية يجب سجدة واحدة بالاتفاق
وانما وضع في ركعتين اذ بالتكرار في ركعة واحدة لا يتكرر الوجوب
سجد للاولى او لم يسجد • وان بدّلها • اي آية السجدة • او المجلس لا
اي لا يكفي سجدة واحدة • واسداء الثوب هو ان يغرز الحائك في الارض
خشبات ويسدّي فيها سدى الثوب في ذهابه ومجيئه ففيه يتبدل
المجلس بالانتقال من مكان الى مكان • والانتقال من غصن الى
غصن آخر تبديل • وتجب • اي على السامع اخرى لو تبدل مجلس السامع
دون التالي لا في عكسه • اعلم ان المجلس ههنا يتبدل بالشروع في
امر آخر بالانتقال من مكان الى مكان لم يتخذا حكما اما زوايا البيت
والمسجد في حكم مكان واحد بدلالة صحة الاقتداء واغصان الشجرة
الواحدة مختلفة في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر مكان واحد
ومجرد القيام لا يبدل المجلس وانما كان مبطلا في المخيرة لانه دليل
الاعراض ومن وهم انه مبدل ثمة دون ههنا فقد وهم • وكره ترك
السجدة • يعني آيتها وقراءة باقي السورة • لانه يشبه الاستنكاف
لا عكسه • وندب ضم آية او آيتين قبلها او بعدها اليها • دفعا لتوهم
التفضيل لا بد من زيادة قوله او بعدها ليطبق التعليل الذي ذكروه
بقولهم دفعا لتوهم التفضيل على المعلق فتأمل • او تحسن اخفاؤها
عن السامع • شفقة عليه • باب المسافر • هو من فارق بيوت وطنه

من الجانب الذي خرج منه وان كان بحذائه بيوت اخر من جانب آخر •
قاصدا مسيرة ثلثة ايام ولياليها • الايام للمشي والليالي للاستراحة لكن
قدر السير من طلوع الفجر الى غروب الشمس من جامع قاضي خان وقدره
ابو يوسف بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة في قول •
بسير وسط • متعلق بمسيرة لا بقاصدا لان المعتبر في المسافر قصد مسيرة
ثلثة ايام ولياليها بالسير المعتدل سواء كان السير المعتدل مقصودا او لا •
واعتبر في الوسط للبر سير الابل والراجل وللبحر اعتدال الريح وللجبل ما يليق
وله احكام تدوم سيأتي تمامه في المتن وان كان عاصيا في سفره
خلافا للشافعي • حتى يدخل في وطنه • متعلق بقوله تدوم وهذا اذا تم
مدة السفر ثم رجع واما اذا رجع قبله فبمجرد نية الاقامة ولو في المفازة
يصير مقيما • او ينوي اقامة نصف شهر ببلد او قرية واحدة • انما قيد
بالواحدة لانه اذا نوى الاقامة في مدة مذكورة في بلدين او قريتين
لا يصير مقيما الا ان ينوي ان يقيم لياليها في احدهما فيصير مقيما بدخوله
فيه لان اقامة المرء تضاف الى مبيته هذا اذا كان كل واحد من الموضعين
اصلا بنفسه وان كان احدهما تبعا للآخر بان كان احدهما مصرا
والآخر قرية قريبة منه بحيث يجب الجمعة على ساكنيها فانه يصير مقيما بدخول
احدهما ايهما كان لانهما في الحكم كوطن واحد كذا في التبيين • منها •
اي من الاحكام المذكورة • قصر الفرض الرباعي • لم يقل فرضه الرباعي لان
المتبادر من اضافة الفرض الى المسافر ان يكون الفرض في حقه الاربع

ويكون القصر رخصة وهو مذهب الشافعي رحمه الله لا مذهبنا قال في الهداية وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر رخصة فيقصر ان نوى اقل من نصف شهر او نوى مدتها اي مدة الاقامة وهي نصف شهر بموضعين او دخل بلدا عازما خروجه غدا او بعد غد فطال مكثه وكذا عسكر دخل ارض حرب وحاصروا فيها او اهل البغي في دارنا في غير مصر ونووا اقامة مدتها لانهم لم يصيروا مقيمين بنية الاقامة وعند زفر يصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف يصح اذا كانوا في بيوت المدينة لانه موضع اقامة لاهل اخبية خباء وهو بيت وبرا وصوف نوى فيها في الاصح اختلف المتاخرون في الذين يسكنون في الخيام والفساطيط كالاعراب والاتراك في زماننا منهم من يقول لا يكونون مقيمين لانهم ليسوا في موضع الاقامة قال شمس الائمة السرخسي والصحيح انهم مقيمون لان الاقامة للمرء اصل والسفر عارض وهم لا ينوون السفر قط انما ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى الى مرعى فكانوا مقيمين باعتبار الكامل من الدهر فلو اتم مسافر وقعد الاولى تم فرضه واساء لتاخير السلام وشبهة عدم قبول صدقة الله تعالى وهذا اذا كان اتمامه عمدا وما زاد نفل خلافا للشافعي فيهما وفي الاساءة السابق ذكرها بناء على ان الفرض في حق المسافر عنده الاربع وان لم يقعد بطل فرضه لترك القعدة وهي فرض عليه مسافر ائتم بمقيم يتم في الوقت اي يصير فرضه اربعا بالتبعية وبعده لا

اي لا يصح الاقتداء بعد الوقت لانه يؤدي الى اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة نظرا الى اقتدائه في الشفع الاول والثاني ومن قال بعد الوقت لا يتغير فرضه فكانه توهم انه يصح الاقتداء ولكن لا يتغير فرضه وفي عكسه قصر المسافر واتم المقيم ويقول ندبا اتموا صلوتكم فاني مسافر ويبطل الوطن الاصلي وهو وطن القرار الذي ولد فيه او تاهل به من بلد او قرية بمثله فاذا انتقل من البلد الذي هو وطنه الاصلي وتوطن ببلدة اخرى لا يبقى الاول وطنا له لا السفر وكذا لا يبطله وطن الاقامة لان الشيء يبطل بمثله لا بما دونه ووطن الاقامة هو الموضع الذي نوى الاقامة فيه خمسة عشر يوما او اكثر بمثله والسفر والاصلي انما لم يتعرض لوطن السكنى وهو الموضع الذي نوى الاقامة فيه اقل من خمسة عشر يوما لانه لم يعتبره المحققون من مشايخنا والسفر وضده لا يغيران الفائتة سفرية كانت او حضرية لان المعتبر في القضاء ما ثبت في الاداء والمغير انما يؤثر قبل الثبوت لا بعده

باب الجمعة

شرط لوجوبها الاقامة لم يقل بمصر او فنائه لان الشرط هو ان لا يكون مسافرا لا ان يكون مقيما بمصر او فنائه ولذلك يجب على قروي دخل المصر يوم الجمعة ونوى ان يمكث ثمه يوم الجمعة قال في الحقائق تجب الجمعة على اهل قرية يجبى خراجها مع خراج اهل البلد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف تجب على من هو داخل الربض لا غير وعند محمد كل قرية سمع اهلها الاذان الجمعة تجب عليهم والا فلا وقيل تجب على من بينه وبين المصر فرسخ وعليه الفتوى

والصحة وسلامة العينين والرجلين والحرية والذكورة. انما اقتصر على
ما ذكر لان المراد بيان الشرائط المخصوصة ومن رام ذكر مطلقها فعليه
ان يذكر العقل والبلوغ والاسلام ايضا. لا لادائها. يعني صحتها وانما
عبر عنها بالاداء بناء على انه لا قضاء للجمعة فصحتها لا تكون الا على وجه
الاداء وبجب ترك التفريع واضافة. اذا حضر الجامع. واختار الوجه
صرح بذلك في البدايع فافهم. ثم ان صحة هذا الحكم انما هي على تقدير
عدم ذكر البلوغ في جملة الشرائط وذلك ظاهر وشرط له اي لادائها
المصر الجامع. لابد من ذكره لان التفسير المذكور له لا لمطلق المصر وهو مصر
فيه امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود. هذا عند ابي يوسف
وهو ظاهر المذهب على ما نص عليه الامام السرخسي وهو اختيار ابي الحسن
الكرخي وابي الحسين القدوري وروي عن ابي يوسف انه ما لا يسع اكبر مساجده
اهله وهو اختيار الثلجي ومن رجحه لظهور التواني في اجراء الاحكام لا سيما
اقامة الحدود في الامصار فقد غفل عن انه لا يصح الاعتبار في الامصار
التي فتحت عنوة ولم يبن فيها مسجد بعد. او فناؤه. بكسر الفاء يقال فناء
الدار لما امتد من جانبها وهو ما حوله. اعتبر بعضهم ان لا يكون بينه وبين
المصر مزارع ومراع وقد خطأه صاحب الذخيرة حيث قال فعلى قول هذا القائل
لا يجوز اقامة الجمعة ببخارا في مصلى العيد لان بين المصلى وبين المصر مزارع
ووقعت هذه المسئلة مرة وافتى بعض مشايخنا بعدم الجواز ولكن هذا ليس
بصواب فان احدا لم ينكر جواز صلوة العيد في مصلى العيد ببخارا لا من

المتقدمين

المتقدمين ولا من المتاخرين وكما ان المصر او فناؤه شرط جواز الجمعة
فهو شرط جواز صلوة العيد. معدا لمصالحه. يعني حوائج اهله من دفن الموتى
وركض الخيل ورمي السهام ونحو ذلك. وجازت بمنى في الموسم. خلافا لمحمد
له انها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم
التعييد للتخفيف. للخليفة. ولامير العراق ولامير الحجاز ولامير مكة ولمأذون
من جهتهم لا لامير الموسم. وهو الذي امر بتسوية امور الحجاج لا غير وان كان
مقيما. لانه غير مأمور باقامة الجمعة الا اذا كان مأذونا من جهة من له
الاذن وقيل ان كان مقيما يجوز وان كان مسافرا لا يجوز والصحيح
هو الاول كذا في البدايع. لا بعرفات والسلطان او نائبه. هذا
اذا امكن التوصل الى واحد منهما واما اذا لم يمكن فللناس ان يجتمعوا
ويقدموا من يصلي بهم ذكره في الذخيرة. ووقت الظهر والخطبة نحو تسبيحة
على قصد ما ذكره في المبسوط وقالا لابد من ذكر طويل يسمى خطبة عرفا
وقال الشافعي لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف. قبلها في
وقتها والجماعة وهم ثلثة سوى الامام. عندهما ومعه عند ابي يوسف
فان نفروا قبل سجوده بدأ بالظهر. وقالا ان نفروا بعد الشروع جمع
وان بقي ثلثة او نفروا بعد سجوده اتمها. خلافا لزفر. والاذن العام
ومن صلح اماما مطلقا في غيرها صلح فيها. هذا بعمومه يتناول العبد والمسافر
والمريض دون الصبي لانه لا يصلح اماما للرجال في المختار فخرج بقيد الاطلاق
ولزفر خلاف في المتناول له انه ليس بفرض عليهم فاشبه الصبي والمرأة

ولهم ان هذه رخصة فاذا حضر وابتغ فرضًا واما الصبي فمسلوب الاهلية
والمرأة لا تصلح للامامة في حق الرجال وكره ظهر معذور ومسجون تخصيصهما
بالذكر ليس للاحتراز بل ليعلم منه الحكم في غيرهما بالطريق الاولى بجماعة في مصر
يومهما لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به
غيره بخلاف السواد لانه لا جمعة عليهم ويبطل الظهر بسعيه للجمعة ان امكنه ان
يدركها ذكره في التبيين واما وقوع الادراك فليس بشرط عنده خلافا
لهما في الحائض والمعذور كالعبد والمسافر والمريض وغير المعذور ومر انه
من المحيط واطلاق النظم يشهد عليه والسعي الناقص للظهر عنده ان يكون
خارج داره ومدركها في التشهد او في سجود السهو يتمها وقال محمد ان
ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها
الظهر فان قلت لا يؤتى في الجمعة بسجدة السهو نص عليه في الخانية فما وجه
قوله او في سجود السهو قلت ذلك قول بعض المشائخ ومنهم لا ينكرون
جوازه بل يقولون ان تركه اولى كيلا يقع الناس في الفتنة واذا اذن
الاول قيد به آخذا بقول حسن بن زياد وهو احسن لحصول الاعلام به
وقال الطحاوي ان المعتبر هو الاذان الثاني لان الاصل الذي كان في عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهد الشيخين تركوا البيع وسعوا واذا خرج
الامام حرم النافلة واما الفائتة فلا كراهة في قضائها وقت الخطبة نص
عليها في النهاية والكلام يعني المتعارف واما التسبيح واشباهه فلا هذا
هو الاصح ذكره فخر الاسلام في مبسوطه هذا عنده وقالا لا بأس بان يتكلم قبل الخطبة

وبعدها ما لم يدخل الامام في الصلوة وانما لم يفصل حتى يتم خطبته لان الكلام
بعد تمام الخطبة ايضا على الاختلاف ذكره في شرح الطحاوي وقال القدوري
في التقريب قالا خروج الامام يقطع الكلام والصلوة وكذا اذا نزل
عن المنبر حتى يشرع في الصلوة وقالا لا بأس بالكلام ويكره الصلوة
واذا جلس على المنبر اذنوا ثانيا بين يديه واستقبلوه مستمعين ويخطب
خطبتين بينهما قعدة قائما طاهرا واذا تمت اقيمت وصلى الامام بالناس
ركعتين

باب العيدين

ندب يوم الفطر ان يأكل لم يقل قبل صلوة
لان المندوب الاكل قبل الخروج الى المصلى ويستاك ويغتسل ويتطيب
ويلبس احسن ثيابه ويؤدي فطرته ثم يخرج الى المصلى غير مكبر جهرا في طريقه
خلافا لهما وانما قال جهرا لان التكبير بدونه حسن ولا يتنفل قبل صلوة
العيد فانه مكروه في المصلى اتفاقا واختلفوا فيما اذا كان بعدها فيه
او قبلها في البيت وعامتهم على انها مكروهة قبلها مطلقا وبعدها
في المصلى لا في غيره ذكره في التبيين وشرط لها شروط الجمعة وجوبا
دل هذا على انها واجبة وهو رواية عن ابي حنيفة وهو الاصح وقد نص
في الجامع الصغير على انها سنة واول بان المراد انها ثابتة بالسنة
وقيد ما فيه واداء الا الخطبة ووقتها من ارتفاع ذكاء الى زوالها
ويصلي بهم الامام ركعتين يكبر للاحرام ويثني ثم يكبر ثلثا وعند الشافعي
يكبر خمسا هنا وفي الثانية وهو قول ابن عباس رضه وما ذهبنا اليه
قول ابن مسعود رضي الله عنه ويقرأ الفاتحة وسورة ثم يركع مكبرا

وفي الثانية يبدأ بالقراءة ثم يكبر ثلثًا واخرى للركوع ويرفع يديه في
الزوائد ويخطب بعدها خطبتين يعلم فيهما احكام الفطر ويقضي غدًا بعذر
لا بعده واذا صلى الامام لا يقضي من فاتته والاضحى كالفطر احكامًا لكن
هنا ندب الامساك الى ان يصلي ولا يكره الاكل قبلها هو المختار ويكبر
جهرًا في الطريق ويعلم في الخطبة تكبير التشريق والاضحية ويصلي بعذر الى
في الثاني والثالث لا بعده والاجتماع يوم عرفة تشبهًا بالواقفين ليس بشيء
لاختصاص كون الوقوف قربة بعرفات • ويجب تكبير التشريق قوله الله اكبر
الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد من فجر عرفة عقيب
كل فرض ادي بجماعة مستحبة • احترز به عن جماعة النساء وحدهن وهذا
قول ابي حنيفة وقالا يجب على كل من يصلي المكتوبة على المقيم بالمصر وعنده
برجل ومسافر شارك مقيمًا فيه • اي في الفرض انما لم يقل مقتديًا بمقيم لان
المعتبر وجود مقيم معه في الصلوة واما كون ذلك المقيم امامًا فليس بشرط
على ما فهم من قول صاحب الهداية لا جماعة المسافرين اذا لم يكن معهم مقيم •
الى عصر العيد وقالا الى عصر آخر ايام التشريق وبه يعمل ولا يذره •
عبارة يذر خير من عبارة يدع لما فيهما من زيادة معنى لا يناسب المقام وهو
الحفظ ومنه الوديعة ولذلك اوثر وتذرون على وتدعون في قوله
تعالى اتدعون بعلًا وتذرون احسن الخالقين مع ما فيه من صنعة التجنيس •
المؤتم ولو تركه الامام

باب صلوة الخوف

انكر ابو يوسف شرعيتها
في زماننا • اذا اشتد خوف عدو او سبع جعل الامام امة نحو العدو وصلى

باخرى ركعة ان كان مسافرًا وركعتين ان كان مقيمًا ومضت هذه اليه
اي ذهب هذه الطائفة الى العدو • وجاءت تلك وصلى بهم ما بقي وسلم
وحده وذهبت اليه • اي ذهبت هذه الطائفة الى العدو • وجاءت
الاولى واتمت بلا قراءة ثم الاخرى بقراءة • لانهم مسبوقون • وفي المغرب
يصلي بالاولى ركعتين وبالاخرى ركعة • انما لم يذكر الفجر لانفهام حكمها
من حكم المسافر • وان زاد الخوف صلوا ركبانًا فرادى بالايماء الى
ما شاؤا ان عجزوا عن التوجه ويفسدها الركوب • مطلقًا قال في البدائع
ومنها اي من شرائط الجواز ان ينصرف ماشيًا ولا يركب عند انصرافه
الى وجه العدو ولو ركب فسدت صلوته عندنا لان الركوب عمل
كثير وهو مما لا يحتاج اليه بخلاف المشي فانه امر لا بد منه حتى يصطفوا بازاء
العدو والمشي والقتال مصليًا • قال في الذخيرة ولا يصلون وهم
يمشون كما لا يصلون وهم يقاتلون ومن المنقولين اتضح ان من
لم يفرق بينهما وبين الركوب لم يصب •

باب صلوة الجنائز

سن للمحتضر ان يوجه الى القبلة على يمينه واختير الاستلقاء • قال في
التبيين والمختار في زماننا ان يلقى على قفاه وقدماه الى القبلة
قالوا هو ايسر لخروج الروح • ويلقن الشهادة فاذا مات يشد لحياه
ويغمض عيناه • ويجمر تخته وكفنه وترًا • كيفيته ان يدار بالمجمر حول
السرير اما مرة او ثلثًا او خمسًا ولا يزاد عليها كذا حول الكفن •
ويوضع على التخت ويجرد ويستر عورته ويوضأ بلا مضمضة واستنشاق

خلافا للشافعي • ويفاض عليه ماء مغلي بسدر او حرض والا فالقراح ويغسل
رأسه ولحيته بالخطمي ثم يضجع على يساره ويغسل حتى يصل الماء الى التخت ثم على
يمينه كذلك • انما قدم الاضجاع على اليسار ليبتدأ بالغسل جانب يمينه • ثم يجلس
مسندا ويمسح بطنه برفق وما خرج يغسل ولم يعد غسله ثم ينشف بثوب ولا يقص
ظفره ولا يسرح شعره • خلافا للشافعي • ويجعل الحنوط على رأسه ولحيته والكافور على
مساجده • هي مواضع السجود من جسد الانسان جمع مسجد بفتح الجيم لا غير قال
السرخسي في شرح الكافي يعني جبهته وانفه ويديه وركبتيه وقدميه
ولم يذكر القدوري الانف والقدمين من المغرب • وسنة الكفن له ازار
وقميص ولفافة • واستحسن المتأخرون العمامة ولها درع وازار وخمار
ولفافة وخرقة تربط بها ثدياها وكفايته له ازار ولفافة ولها ثوبان
الازار واللفافة • وخمار • ويبسط اللفافة ثم الازار عليها ثم يقمص الميت
ويوضع على الازار ثم يلف يسار ازاره ثم يمينه ثم اللفافة كذلك وهي
تلبس الدرع ويجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوقه ثم الخمار فوقه تحت اللفافة
ويعقد الكفن ان خيف انتشاره • وصلوته فرض كفاية • ان ادى البعض
يسقط عن الباقين والا يأثم الكل • وهي ان يكبر رافعا يديه ثم لا يرفع بعده
خلافا للشافعي • ويثني ثم يكبر ويصلي على النبي عليه السلام ثم يكبر ويدعو ثم يكبر
ويسلم ولا قراءة فيها خلافا للشافعي • ولا تشهد • ويقول في الصبي بعد ذلك
اللهم اجعله لنا فرطا • اي اجرا يتقدمنا اللهم اجعله لنا شافعا مشفعا • هو الذي
يعطى له الشفاعة • ويقوم المصلي بحذاء صدر الميت • والاحق بالامامة السلطان

تقديم السلطان واجب اذا حضر وتقديم الباقي بطريق الافضلية ذكره في التحفة
ثم القاضي ثم امام الحي ثم الولي على ترتيب العصبات في ولاية النكاح والصحيح
ان ههنا يقدم الاب على الابن عند الكل وان كان الابن يقدم على الاب
في ولاية النكاح عند ابي حنيفة وابي يوسف من الفتاوى الصغرى •
ولا بأس باذنه في الامامة وان صلى غير الولي والسلطان يعيد الولي
ان شاء ولا يصلي غيره بعده ومن لم يصل فدفن صلي على قبره ما لم يظن تفسخه
انما قال ما لم يظن ردا للتقدير لان المعتبر فيه اكبر الرأي على الصحيح لانه
يختلف باختلاف الزمان والامكنة والاشخاص • ولم يجز راكبا مع القدرة على
النزول • استحسانا • لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة والتحليل
ولهذا يشترط لها ما يشترط للصلوة • والقياس انه تجوز لانها دعاء
ولهذا لم يقرأ فيها والاستحسان اسم لدليل نصا كان او اجماعا او
قياسا خفيا اذا وقع في مقابلة قياس جلي يسبق اليه الفهم حتى لا يطلق
على دليل اذا لم يوجد فيه تلك المقابلة • وكرهت في مسجد جماعة ان كان الميت فيه
خلافا للشافعي قال في الحقائق بعد نقل خلافه وانما شرط كون الجنازة
في المسجد اذ لو كانت الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد
والباقي القعود في المسجد كما هو المفهوم في جوامعنا لا يكره باتفاق اصحابنا
وان كانت الجنازة وحدها خارج المسجد فيه اختلف المشايخ بعضهم قالوا
لا يكره منهم السيد الامام ابو شجاع ومن ههنا تبين وجه زيادة قيد الوحدة
في قوله • وان كانت وحدها خارجة اختلف المشايخ ومن ولد فسمي

وغسل وصلي عليه. الاستهلال ان يكون منه ما يدل على حيوته من رفع صوت او حركة عضو ذكره في التبيين. ثم مات والا ادرج في خرقة ودفن ولم يصل عليه وغسل في غير الظاهر من الرواية. وهو المختار. وصبي سبي ثم مات ان سبي وحده او مع احد ابويه فاسلم عاقلا او احدهما صلي عليه. لانه ان سبي وحده يكون مسلما تبعا للدار وان سبي مع احد ابويه فاسلم هو وهو عاقل فاسلامه صحيح وان اسلم احد ابويه يكون مسلما تبعا له. والا فلا. اي ان سبي مع احدهما ولم يسلم هو عاقلا ولا من سبي معه منهما لا يصلى عليه. كافر مات يغسله وليه المسلم غسل النجس اي يصب عليه الماء على الوجه الذي يغسل النجاسات لا كما يغسل المسلم ويلفه في خرقة ويحفر حفيرة ويلقيه فيها وسن في حمل الجنازة اربعة. وعند الشافعي السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والآخر على اعلى صدره. وان تضع مقدمها ثم مؤخرها على يمينك ثم مؤخرها على يسارك ويسرعون بها لا خببا وكره الجلوس قبل وضعها والمشي خلفها احب ويحفر القبر ويلحد ويدخل مما يلي القبلة. خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده يسل سلا. ويقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله ويوجه الى القبلة ويحل العقدة. اي التي كانت على الكفن خيفة الانتشار. ويسوى اللبن والقصب ويسجى اي يغطى. عند دفنها قبرها بثوب لا قبره ويكره الآجر والخشب ويهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح

باب الشهيد

قال في التحفة الشهيد نوعان نوع يغسل ونوع لا يغسل وعند الثاني هو مسلم مكلف طاهر. شرط التكليف والطهارة

عنده

عنده خلافا لهما ذكره في الذخيرة والاحتراز بالطاهر عمن ليس بطاهر سواء وجب عليه الغسل او لم يجب بعد كالتي لم ينقطع حيضها ونفاسها. مقتول ظلما. احترز به عمن لم يكن مقتولا ظلما سواء كان مقتولا لا كما اذا قتل حدا او قصاصا او مقتولا غير موصوف باحدهما كما اذا افترسه السبع. باي آلة قتل ذكره في الذخيرة ثم قال وانما عممنا الآلة لان الاصل في هذا الباب شهداء احد ولم يكن كلهم قتلى السيف والسلاح بل فيهم من دمغ رأسه بالحجر ومنهم من قتل بالعصا فان قلت اليس ان القتل بالمثقل يغسل عنده وكذا اذا لم يعلم آلة القتل قلت موجب القتل حينئذ المال فيخرج بقوله. ولم يجب به مال والمراد على ما نبهت عليه ان لا يجب المال بنفس ذلك القتل ففي صورة قتل الاب الابن ظلما بالسلاح وان وجب المال لكن ليس بنفس القتل فلا يخرجه عن الشهيد. او وجد ميتا جريحا في المعركة. شرط الجراحة ليعلم انه غير ميت حتف انفه ولا يدخل هذا فيما ذكرنا اولا لان المراد من المقتول ظلما من علم انه قتل ظلما وهذا غير معلوم حاله الا ان الشرع لما وجد به اثر الجراحة حكم بكونه مقتولا ولوجوده في المعركة حكم بانه قتل ظلما فان قلت يجوز ان يراد بالمقتول ظلما من كان كذلك في حكم الشرع فيوجد الدخول قلت حينئذ يحتاج الى بيان ان من وجد ميتا جريحا في المعركة كذلك في حكم الشرع حتى يعلم دخوله فيما ذكر وبالجملة فلا وجه للاعتراض على ما ذكر رعاية للاختصار. ولم يرتث. سيجيء بيان المراد منه ووجه عبارته. فلا يغسل. قدمه لان الكلام في احكام الشهيد التي لا تغسل على ما مر بيانه. بل يدفن بدمه وثوبه الا ما ليس من الكفن. اي من جنسه كالفرو والحشو والقلنسوة

والحف ويجوز ان يزاد اي لو لم يكن ما معه من جنس الكفن كما في كفن السنة
يزاد ليتم كفنه وينقص ان زاد عنه قال في التحفة اما التكفين فينبغي ان يكون في ثيابه
التي عليه وان احبوا ان يزيدوا والكثر شيئا حتى يبلغ مبلغ السنة او ينقصوا عنه
شيئا لا باس به ويصلي عليه خلافا للشافعي ويغسل من وجد قتيلا في مصر
لا عبرة بآلة القتل في هذه الصورة وانما يغسل لانه لا يدري انه قتل ظالما
او مظلوما عمدا او خطأ ذكره الزاهدي في شرح القدوري فعلى هذا لا يختلف
الحال باختلاف المحال ومن لم يتبين كذلك قالم قال لم يعلم قاتله او علم انه قتله
بعضا صغيرا لا عبرة بجهالة القاتل في هذه الصورة ولا لفقد الظلم لان السبب
وجوب عوض مالي وذلك لا يختلف قال في الذخيرة ومن وجد قتيلا ينظر
ان حصل القتل بعضا كبيرا او بحجر كبير ويعلم قاتله فعلى قول ابي حنيفة يغسل لان
القتل على هذا الوجه عنده يوجب الدية فقد اعتاض عن دمه بدلا هو
مال وعلى قول صاحبيه لا يغسل لان القتل على هذا الوجه عندهما يوجب القصاص
ووجوب القصاص لا يمنع الشهادة عندنا كما لو قتل بالسلاح وان لم يعلم
قاتله يغسل لانه وجبت الدية والقسامة بقتله فلم يكن في معنى شهداء
احد وان حصل القتل بعضا صغيرا يغسل علم قاتله او لا لان هذا القتل يوجب
المال على كل حال وان حصل القتل بحديدة فان لم يعلم قاتله تجب الدية
والقسامة على اهل المحلة فيغسل وان علم القاتل لم يغسل عندنا انتهى ايهما
قيد العلم بكون القتل ظلما اعتمادا على ما سلفه من ان كونه مقتولا ظلما
شرط بلا اختلاف اعلم ان حكم الشهادة كما يسقط بفقد الظلم وقد مر فيما سبق

كذلك يسقط بوجوب عوض مالي سواء سقط بعد وجوبه او لا وهو
المقصور في آلة القتل عنده خلافا لهما وبجهالة القاتل مع كون القتل
في موضع يجب فيه القسامة والدية وهو الذي تبين ههنا لا يقال
المفهوم من الهداية حيث قال من وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب
فيه الدية والقسامة فخفف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما انه
لا عبرة بجهالة القاتل لان كلامه فيما اذا لم يعلم القاتل بدلالة التعليل الذي
ذكره لانا نقول نعم ما ذكره اولا فيما اذا لم يعلم القاتل الا ان ما ذكره ثانيا
فيما اذا علم القاتل بدلالة تعليله القاتل لان الواجب فيه القصاص وغاية
ما يلزم من ذلك ان يكون الاستثناء منقطعا ولا باس فيه وبما قررناه
اندفع وهم المخالفة بين رواية الذخيرة والهداية لا يقال موجب القتل
بحديدة القصاص ووجوب المال اذا لم يعلم القاتل بسبب العارض وهو
الجهل به فينبغي ان يكون الحكم فيه كالذي في الابن اذا قتله ابوه بحديدة
ظلما لانا نقول ليس القصاص موجب قتل بحديدة بل لا بد من ان يكون
القتل ظلما وذلك غير ثابت في الصورة المذكورة ومن لم يتبين كذلك
قالم قال وماذا بعد الحق الا الضلال او جرح وارتث بان نام او اكل
او شرب او عولج او اوى خيمة او حمل من معركة حيا لم يقل او نقل لان الداخل
في هذا الارتثاث الحمل دون القتل لانه يوجد فيما اذا جر برجله من بين الصفين
كيلا يطأه الخيول مع انه غير مرتث بل شهيد لا يغسل ذكره في المبسوط ولم يقل
من المعركة لعدم اختصاص الحكم بها او بقي عاقلا وقت صلوة المراد بوقت

الصلوة قدر ما يجب عليه الصلوة ذكره الزاهدي او اوصى بشيء هذا
عند ابي يوسف خلافا لمحمد وبالجملة الارتثاث في الشرع ان يرتفق بشيء
من مرافق الحيوة او يثبت له حكم من احكام الاحياء وفي اللغة ما قال له
الجوهري ارتث فلان اي حمل من المعركة رثيثا اي جريحا وبه رمق
ويصلى عليه وان قتل لبغي او قطع طريق يغسل ولا يصلى عليه **باب الصلوة**
في الكعبة صح فيها الفرض والنفل خلافا للشافعي فيهما ولمالك في الفرض
ولو ظهره الى ظهر امامه لا لمن تقدم عليه قال في البدايع سواء كان ظهره الى
وجهه او كان بجنبه الا اذا قرب من الامام الى الحائط الذي توجه اليه
وكره فوقها وقال الشافعي لا يجوز ذكره صاحب المنظومة وقال مالك
لا يجوز الصلوة على سطح الكعبة عنده الا ان يكون بين يديه سترة وعندنا
يجوز فالكعبة هي البناء عنده وعندنا العرصة والهواء الى عنان السماء
اقتدوا متحلقين حولها وبعضهم اقرب من الامام اليها جاز الا لمن في
جانبه لتقدمه على امامه **كتاب الزكوة** هي في الشرع عبارة عن ايتاء جزء
من النصاب الحولي الى الفقير وعند البعض هو اسم للمال المؤدى لانه تعالى امر بايتاء
الزكوة وايتاء الايتاء محال وفيه نظر والمحققون على انها فعل الاداء لانها
وصفت بالوجوب الذي هو من صفات الافعال كذا في المبسوط وهي
لا تجب الا على مسلم اصل الزكوة ثابت بدليل قطعي لكن المقدار ثبت باخبار الاحاد
ولذلك اطلق عليها لفظ الواجب ومن صاحب الهداية غفل عن هذا قال
والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه وفي شرط الاسلام خلافا للشافعي

مكلف فلا تجب على الصبي والمجنون خلافا للشافعي حر فلا تجب على
مكاتب في نصاب نام اعتبر في هذا الوصف قيد النماء وهو بالاسامة في السائمة
والاعداد للتجارة في غيرها وهذا القيد يغني عن قيد الفضل عن الحاجة
الاصلية بدون العكس فلا تجب في غير نام مشغولا كان بالحاجة الاصلية
كآلات المحترفين والكتب لاهلها او لم يكن كدور السكنى ودواب
الركوب وعبيد الخدمة فاضلة عن الحاجة حولي انما اعتبر هذا القيد لانه
لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لانه الممكن من
الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها
فادير الحكم عليه اي حكم الاشتراط الثابت لمدة يتحقق في سياقه مملوك
ملكا تاما وذلك بان يكون مملوكا يدا ورقبة فلا تجب في مكاتب
ولا في كسبه لعدم اليد فاضل عن حاجته الاصلية لان المشغول بالحاجة
الاصلية كالمعدوم فلا زكوة في دور السكنى ودواب الركوب وعبيد الخدمة
واثاث المنزل وآلات المحترفين والكتب لاهلها فلا تجب على مديون
خلافا للشافعي مطالب من عبد كل دين له مطالب من جهة العباد
تمنع وجوب الزكوة سواء كان الدين لله تعالى كالزكوة والعشر والخراج
او للعباد كالثمن والاجرة ونفقة المحارم وكل دين لا مطالب له من جهة
العباد كالنذور والكفارات والحج لا يمنع وجوب الزكوة من الخلاصة
قال في الهداية فدين الزكوة يمنع وجوبها حال بقاء النصاب وكذا بعد
الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابي يوسف في الثاني بقدر دينه لان ذلك

القدر مشغول بالدين فلا يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية • ولا في مال مفقود
وجده بعد مضي الحول وساقط في بحر استخرجه بعده ومدفون في غير حرزه
نسي مكانه ثم تذكر بعده • قال في شرح الطحاوي لو دفن ماله ثم نسي مكانه و بعد ذكره
بعد مضي الحول فانه ينظران دفنه في حرزه كالبيت والحانوت تجب الزكوة
وان دفنه في غير حرزه فلا تجب • ودين جحده المديون سنين ثم اقر
بعده عند قوم وما اخذ مصادرة ووصل اليه بعده • اي بعد مضي الحول
هذه الامثلة امثلة المال الضمار وفيها خلاف لزفر والشافعي • بخلاف دين
على مقر ملي او معسر او مفلس خلافا لمحمد فيه • او جاحد عليه بينة او علم به قاضي
فانه يجب الزكوة في هذه الاموال • ولا يعني للتجارة ما اشترى للخدمة ناويا
خدمته ثم يصير للتجارة وان نواه لها • لم يقل ما لم يبعه لانه بعد البيع ايضا
لا يصير للتجارة انما الصائر لها ثمنه ان كان من جنس ما يجب فيه الزكوة •
وما اشترى لها كان لها لان • ما عدا الحجرين والسوائم انما تجب فيها الزكوة
بنية التجارة • ثم هذه النية انما تعتبر اذا وجدت زمان حدوث
سبب الملك حتى لو نوى التجارة بعده لا يجب فيه الزكوة • لا ما ورثه
ونواه لها • اذ لا بد ان يكون سبب الملك اختياريا • وما ملكه بهبة او وصية او
او نكاح او خلع او صلح عن قود ونواه لها كان لها عند ابي يوسف
لا عند محمد • وذلك ان السبب لا يجب ان يكون بشرى عند ابي يوسف
خلافا لمحمد • وقيل الخلاف على عكسه • وللاداء الا بنية قارنت به او بعزل قدر ما وجب
وتصدقه بكل ماله بلا نية سقط وبعضه لا عند ابي يوسف خلافا لمحمد •

فانه

فانه يقول ان تصدق ببعض ماله تسقط زكوة المؤدى **باب زكوة**
الاموال نصاب الابل خمس والبقر ثلثون والغنم اربعون سائمة
وفي كل خمس من الابل بخت او عراب • البخت جمع بختي وهو الذي تولد
من العربي والعجمي منسوب الى بخت نصر والعراب جمع عربي • شاة ثم في
خمس وعشرين بنت مخاض • هي التي تمت لها سنة وطعنت في الثانية
ثم في ست وثلثين بنت لبون • هي التي تمت لها سنتان وطعنت
في الثالثة • ثم في ست واربعين حقة • هي التي اتت لها ثلث
سنين وطعنت في الرابعة • ثم في احدى وستين جذعة • هي التي اتت
لها اربع سنين وطعنت في الخامسة • ثم في ست وسبعين بنتا لبون
ثم في احدى وتسعين حقتان الى مائة وعشرين ثم في كل خمس شاة ثم
في مائة وخمس واربعين بنت مخاض وحقتان ثم في مائة وخمسين ثلث
حقاق ثم تستانف ففي كل خمس شاة ثم في خمس وعشرين بنت مخاض
ثم في ست وثلثين بنت لبون ثم في مائة وست وتسعين اربع حقاق
الى مائتين ثم تستانف ابدا كما في الخمسين التي بعد المائة والخمسين • يعني
تستانف استينافا مثل ما ذكر بعد المائة والخمسين حتى يجب في كل خمسين حقة
وفي ثلثين بقرا وجاموسا تبيع • هو الذي تم عليه الحول • او تبيعة ثم
في اربعين مسن • هو الذي تم عليه الحولان • او مسنة وفي ما زاد
يحسب • ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف
عشر مسنة وهذا رواية الاصل عن ابي حنيفة وروى الحسن عنه انه لا يجب

في الزيادة شيء حتى يبلغ خمسين ثم فيهما مسنة وربع مسنة او ثلث
تبيع وقالا لا شيء في الزيادة حتى يبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة
في ستين وفيها ضعف ما في ثلثين اي تبيعان ثم في كل ثلثين تبيع
وفي كل اربعين مسنة ففي سبعين تبيع ومسنة وفي ثمانين مسنتان
وفي تسعين ثلث اتبعة وفي مائة تبيعان ومسنة وفي مائة وعشرة
تبيع ومسنتان الا اذا تداخلا كما في مائة وعشرين فيخير بين اربع اتبعة
وثلث مسنات وهكذا في ما زاد وفي اربعين ضأنا او معزا شاة
ثم في مائة واحدى وعشرين شاتان ثم في مائتين وواحدة ثلث
شياه ثم في اربع مائة اربع ثم في كل مائة شاة ولا شيء في بغل وحمار ليسا للتجارة
ولا في عوامل هي التي اعدت للعمل كاثارة الارض وحوامل هي التي اعدت
للحمل وعلوفة هي التي تعطى العلف ضد السائمة ولا في حمل وفصيل وعجل
الا تبعا للكبير ولا في ذكور الخيل منفردة وكذا في اناثها في رواية
وفي كل فرس مختلط به الذكور سائمة للدر والنسل انما زيد هذا القيد
لان الزكوة في السائمة التي تسام لحاجته لو اسيمت للحمل الركوب لا تجب
الزكوة فيها ولو اسيمت للتجارة ففيها زكوة التجارة لا زكوة السائمة ذكره
في المحيط دينار او ربع عشر قيمته نصابا يعني ان شاء قومها واعطى عن كل
مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عنده وهو قول زفر وقالا لا زكوة
في الخيل قال في التحفة الصحيح قولهما وفي الينابيع المختار للفتوى قولهما وجاز
دفع القيم في الزكوة والكفارة والعشر والنذر ولا يأخذ المصدق

الا الوسط وان لم يوجد السن الواجب يأخذ الادنى مع الفضل جبرا اي
ان دفع ذلك ليس له ان لا يأخذه او الاعلى ويرد الفضل ان شاء
لانه شراء فلا يجبر عليه بل له ان يطالب بعين الواجب او بقيمته ويضم المستفاد
وسط الحول في حكمه الى نصاب من جنسه اي اذا كان له مائتا درهم وحال
عليهما الحول وقد حصل له في وسطه مائة درهم تضم المائة الى المائتين
وقوله في حكمه اي حكم المستفاد وهو وجوب الزكوة يعني يعتبر في المستفاد
الحول الذي مر على الاصل ويجوز ان يرجع ضمير حكمه الى الحول والزكوة
في النصاب لا العفو هو ما بين الفريضتين هذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر فيهما واذا اشتمل المال على النصاب
والعفو فهلك بعد الحول منه شيء يصرف الهلاك الى الكل شائعا عند
التلميذين وعند الشيخين يصرف الى العفو اولا فان فضل الهلاك منه
يصرف الى النصاب ويسقط بقدره وان لم يفضل لا يسقط وهذا ما ذكره
بقوله فيصرف الهلاك الى العفو اولا ثم الى نصاب يليه ثم وثم الى ان ينتهي
هذا عنده وعند ابي يوسف يصرف الى العفو اولا ثم الى النصاب شائعا
فيبقى شاة لو هلك بعد الحول عشرون من ستين شاة او واحد من
ست من الابل وجب بنت مخاض او هلك خمسة عشر من اربعين
بعيرا وهلاك النصاب الحول يسقط الواجب وهلاك البعض حصته والسائمة
هي المكتفية بالرعي بالفتح مصدر من رعى الابل الكلاء لا من رعيت الابل
لا بالكسر على ما نص عليه الجوهري لانه بمعنى الكلاء وهو اسم لما رعته الدواب

من الرطب واليابس فيتناول الاعلاف • في اكثر الحول اخذ البغاة زكوة
السوائم واموال التجارة والعشر والخراج لا يعني عليهم اى لا يؤخذ ما اخذ
من اربابها ثانيا اما الخراج فلانهم يستحقون له لان مصرفه المقاتلة وهم يقاتلون
اهل الحرب ويذبونهم عن اهل الاسلام واما البواقي فلان الامام لم يحمهم
والجباية بالحماية • ويفتي ان يعيدوا ما دون الخراج • لانا نعلم انهم لا يصرفون
مصارفها وانما لا يعاد الخراج لما عرفت انهم مصارفه قال فخر الاسلام وقال
مشايخنا يجب ان ينوى عند اخذ الخوارج الصدقة عليهم وكذلك كل سلطان
ظالم لا يؤدي ما يأخذ الى اربابه ومصارفه وذلك ان هؤلاء
لو حسبت مالهم بما عليهم لكانوا فقراء وقال بعضهم لا يجزيهم هذا لان علم من
يأخذ بما يأخذ شرط فالاحوط ان يعاد ولا يخفى ما في هذا التعليل من
الضعف لانهم صرحوا بانه لو وهب جميع الدين من المديون بنية الزكوة
عن الدين في الاستحسان يكون مؤديا ويسقط عنه الزكوة ولم
يذكروا فيه شرط الاعلام واما الاعتراض على ما قاله بعض المشايخ بان الزكوة
عبادة محضة كالصلوة فلا يتأدى الا بالنية الخالصة لله تعالى
ولم يوجد فمنشأوه الغفلة عن اشتراطهم نية الصدقة عند الاخذ او الجهل
بان المعتبر عندنا الدفع بالاختيار لا بالرضا قال في التحفة عند الشافعي
ان يجبر على الاداء بالحبس فيؤدى بنفسه لان الاكراه لا ينافي الاختيار
ثم ان قولهم وذلك ان هؤلاء لو حسبوا مالهم بما عليهم لكانوا فقراء وقد
عبر عن هذا في الهداية بقوله لانهم بما عليهم من التبعات فقراء ظاهر انه

يجوز للخوارج والسلاطين الجائرة ان يأخذوا الزكوة ويصرفونها الى حوائجهم
ولا شيء في مال الصبي التغلبي • تغلب بكسر اللام ابو قبيلة والنسبة التغلبي
بفتح اللام استيحاشا لتوالي الكسرتين وربما قالوا بالكسر كذا في الصحاح وتغلب
قوم من نصارى العرب ومن قال انهم من مشركي العرب فقد اخطأ • وعلى المرأة
ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين ويؤخذ
من نساء المسلمين دون صبيانهم • وجاز تقديمها لحول ولا اكثر منه لانه
ادى بعد سبب الوجوب وهو المال النامي ومن ههنا ظهر الحاجة الى قوله
وهو مالك النصاب • وفيه خلاف مالك • ولنصب اى نصاب • لان النصاب
الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له وفيه خلاف لزفر ونصاب الذهب
عشرون مثقالا وللفضة مائتا درهم • المثقال عشرون قيراطا والدرهم اربعة
عشر قيراطا والقيراط خمس شعيرات • كل عشرة منها سبعة مثاقيل • هذا الوزن
يسمى وزن سبعة وهو ان يكون الدرهم سبعة اجزاء من الاجزاء التي يكون
المثقال عشرة منها اى يكون نصف مثقال وخمس مثقال فيكون عشرة دراهم
بوزن سبعة مثاقيل • وفي معمولهما وتبرهما وعرض تجارة قيمته نصاب
من احدهما مقوما بالانفع للفقير ربع عشر • اى ان كان التقويم
بالدراهم انفع قوم عروض التجارة بالدراهم وان كان بالدنانير
انفع قومت بها • ثم في كل خمس زاد على النصاب بحسابه • وذلك لان الزكوة
لا تجب في الكسور عند ابي حنيفة الا اذا بلغ خمس النصاب فاذا زاد على مائتي
درهم اربعون درهما زاد في الزكوة درهم واذا زاد ثمانون درهما

زاد درهمان ولا شيء في الاقل وعندهما تجب بحساب ذلك وهي مسئلة الكسور
وورق غلب فضته فضة وما غلب غشه يقوم ونقصان النصاب في الحول هدر
اي كان في اول الحول عشرون دينارا ثم نقص في اثنائه ثم تم في آخره تجب
الزكوة ويضم الذهب الى الفضة والعروض اليهما بالقيمة هذا عنده واما
عندهما فيضم الذهب الى الفضة بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من
كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكوة
عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب
الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقهما ويقول ان الضم
للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها **باب العاشر**
هو من نصب على الطريق للحفظ واخذ الصدقة فيضمنه انما ينصبه السلطان
ليأمن التجار من شر اللصوص بمقامه فيأخذ الصدقات من الاموال كذا
في الهدائق وفي التبيين لان الجباية بالحماية ويستوي في ذلك الاموال
الظاهرة والباطنة لان الكل يحتاج الى الحماية في الفيافي نصات ظاهرة
صدق مع اليمين من انكر تمام الحول والفراغ عن الدين او كونه للتجارة
ذكره صاحب التحفة او ادعى اداءه الى الفقير قبل الخروج قال قاضيخان
في شرح الجامع الصغير لان اداء زكوة الاموال الباطنة مفوض الى اربا
وانما يثبت ولاية المطالبة للامام بعد الاخراج الى المفاوز اذا لم يكن
ادى بنفسه فان ادعى ذلك فقد انكر ثبوت حق المطالبة فكان القول
قوله مع اليمين في غير السوائم انما قال هذا لانه لا يصدق فيها لان حق الا

للامام فلا يملك ابطاله ولو علمنا انه فعل ذلك يكون ضامنا عندنا
وقال الشافعي لا يضمن لانه اوصل الحق الى المستحق واسقط المؤنة عن الساعي
والى عاشر آخر ان وجد في السنة بلا اخراج براءة اي بلا شرط ان
يخرج البراءة من العاشر الآخر هذا على رواية الجامع الصغير وشرط في الاصل
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وما صدق فيه المسلم صدق الذمي لا
قوله اديت انا فانه لا يصدق فيه اذ ليس له ولاية الصرف الى مستحقه
وهو مصالح المسلمين ذكره في التبيين لا الحربي الا في قوله هذا
ولدي وهذه ام ولدي ذكره في التحفة واخذ من المسلم ربع عشر
ومن الذمي ضعفه ومن الحربي العشر ان بلغ ماله نصابا ولم يعلم قدر
ما اخذ منا يعني في دار الحرب اذا مر تاجرنا عليهم وان علم اخذ مثله
ان كان بعضا انما قال هذا لانه اذا علم اخذهم الكل لا يأخذ عاشرنا
الكل لا من قليلة اراد به ما دون النصاب وان اقر بان في النصاب
في بيته ولا شيئا منه ان لم يأخذوا اي اهل الحرب شيئا منا ولو عشر
ثم مر قبل حول اي قبل تمامه ان جاء من داره عشر ثانيا والا فلا
وعشر خمر ذمي اي من قيمتها لا خنزيره مر بهما وكذا ان مر بها لا ان
مر به لان الخنزير من ذوات القيم فاخذ قيمته كاخذ عينه والخمر من
ذوات الامثال فاخذ قيمتها لا يكون كاخذها وقال الشافعي لا يعشر واحد
منهما وقال زفر يعشرهما وقال ابو يوسف يعشرهما ان مر بهما معا وعشر الخمر
دون الخنزير ان مر بها على الانفراد ولا بضاعة ومضاربة هذا

في حق المسلم والذمي دون الحربي فال في التحفة ولو قال الحربي هذا المال
بضاعة لا يقبل قوله وكسب مأذون الا غير مديون معه مولاه لانه لو
لم يكن مديونا كسبه لمولاه فان كان المولى معه يؤخذ منه الزكوة
والا فلا **باب الركاز** الكنز مال دفنه بنو آدم والمعدن مال خلقه الله
تعالى يوم خلق الارض والركاز يطلق عليهما غير انه حقيقة في المعدن ومجاز
في الكنز كذا في شرح الجامع البزدوي معدن ذهب او نحوه مما ينطبع يذاب
وجد في دار الاسلام سواء وجد في ارض خراج او عشر او في الصحراء التي
ليست عشرية ولا خراجية من التبيين والتحفة خمس وقال الشافعي
لا شيء في غير الذهب والفضة وفيهما يجب الزكوة ولا يشترط الحول في قول
وباقيه للواجد ان لم يكن ارضه ملكا لم يقل ان لم يملك لان الشرط عدم الملك
وقتئذ لا عدمه اصلا والا فلمالكها ولا شيء فيه ان وجد في داره
خلافا لهما وفي ارضه روايتان عنه في رواية كتاب الزكوة لا يجب
وفي رواية الجامع الصغير يجب وهو قولهما ولا في لؤلؤ وعنبر خلافا لابي يوسف
وفيروزج وجد في جبل انما قيد به لانه اذا وجد كنزا وهو دفين
الجاهلية يخمس وكنز فيه سمة الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة
كاللقطة وما فيه سمة الكفر كالمنقوش عليه الصنم خمس وباقيه للواجد ان
لم يوجد في ملك والا فللمالك اول الفتح او لورثته ان عرفوا وان لم يعرفوا فلاقصى
مالكها او لورثتها والا فيكون لبيت المال وهذا قولهما وقال ابو يوسف
يكون للواجد من التحفة والمشتبه جاهلي في ظاهر المذهب لانه الاصل

وقيل اسلامي في زماننا لتقادم العهد وركاز صحراء دار الحرب كله
لمستامن وجده وان وجده في دار منهم رد الى مالكها تحرزا عن
الغدر متاع وجد ركازا في ارض منها لا مالك لها خمس وباقيه له
باب زكوة الخارج في عسل ارض عشرية قيد به احترازا عن عسل
ارض خراجية اذ لا شيء فيه وعند الشافعي لا شيء فيهما او جبل وثمره وخارج
من الارض الا الحطب وانما استثنيناها لانها لا تعشر عنده بل يؤمر
مالكها بالاداء بنفسه وعنده مما يؤخذ منها ربع العشر ذكره في الحقائق
وان لم يبلغ خمسة اوسق الوسق ستون صاعا كل صاع ثمانية ارطال
ولم يبق سنة وقالا لا يجب الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والمراد
ثمرة تدخر وتبقى سنة من غير معالجة كالحنطة والشعير من مبسوط
شيخ الاسلام وسقاه سيح او مطر عشر مبتدأ قدم خبره الا فيما لا يستنبت
الارض كالطرفاء والقصب الفارسي والحطب والحشيش الا اذا اتخذها
مقصبة او مشجرة او منبت حشيش فانه حينئذ يعشر وفي العبارة المذكورة
اشارة الى ذلك وفيما سقي بغرب او دالية نصف عشر بلا رفع مؤن
الزرع اي يجب عشر الكل في الصورة الاولى ونصف عشر الكل في الثانية
لا عشر ما بقي ونصف عشره بعد رفع مؤن الزرع من اجر الحصاد
ونحوه وخمس في ارض عشرية لتغلبي ذكرا كان او انثى كبيرا او صغيرا او
عدل عاقلا وخمس تغلبي له ارض عشرية اذ لا ينتظم معه قوله او شراها اذ حينئذ
لا خمس التغلبي وان اسلم او شراها ذمي او مسلم بعده عنده ومحمد معه في الصحيح

وقال ابو يوسف فيما اذا اسلم التغلبي او اشتراها منه مسلم يعود الى عشر
واحد لزوال الداعي الى التضعيف وهو الكفر • واخذ الخراج ممن ذمي
اشترى عشرية مسلم • وقال ابو يوسف يؤخذ العشر مضاعفا ويصرف
مصارف الخراج وقال محمد هي عشرية على حالها • وعشر مسلم اخذها منه بشفعة
او ردت عليه لفساد البيع اي اشترى الذمي من المسلم العشرية ثم ردت
عليه لفساد البيع كما كانت • وفي دار جعلت بستانا خراج ان كانت الذمي
او مسلم سقاها بمائه اي بماء الخراج • وان سقاها بماء العشر عشر • وماء السماء
والبئر والعين ونهر لا يدخل تحت ولاية احد عشري • وماء انهار حفرها
الاعاجم كنهر يزدجرد • ونحوه خراجي وكذا سيحون وجيحون ودجلة
والفرات عندهما ذكره في الكافي • وعشري عند محمد • ولا شيء في عين قير
ونفط في ارض عشرية • وفي ارض خراج في حريمها الصالح للزرع خراج
لا فيها • اي لا في العين

باب المصارف

المؤلفة قلوبهم كانت من المصارف وقد سقط لذلك فال منهم دون نصاب • الفقير وهو من له
ادنى شيء والمسكين من لا شيء له والشافعي بعكسه وهو رواية عن ابي حنيفة
وعامل الصدقة يعطى ما يكفيه فيه اشارة الى انه غير مقدر بالعمل خلافا للشافعي
ان عمل فيه اشارة الى انه في مقابلة العمل فيأخذه وان كان غنيا
غير هاشمي اشترط هذا اعتبارا لشبهة الصدقة في حقه • والمكاتب يعان
في فك رقبته • وقال مالك يعتق منها الرقبة ويكون الولاء للمسلمين • ولا يجوز
دفعها لمكاتب لانه عبد • ومديون لا يملك النصاب لم يجعل فاضلا عن دينه

لان ملك النصاب لا يكون الا كذلك • وفي سبيل الله هو منقطع الغزاة
عند ابي يوسف ومنقطع الحاج عند محمد • وابن السبيل من له مال لا
معه سواء كان في وطنه او في غيره • وللمزكي صرفها الى كلهم والى بعضهم
ولو شخصا واحدا خلافا للشافعي فان عنده لا بد من الصرف الى الاصناف
السبعة من كل صنف ثلثة لان اللام للاستحقاق واقل الجمع ثلثة
ولنا انها لبيان انهم مصارف والتعريف للجنس ومذهبنا مروي
عن عمر وابن عباس • لا الى بناء مسجد وكفن ميت وقضاء دينه وثمن
ما يعتق اي لا يشترى بها رقبة لعدم التمليك وهو الركن وقد مر خلاف
مالك في الاخير • ولا الى من بينهما ولاد او زوجية • وقالا تدفع المرأة
الى زوجها • ومملوكه اي مملوك المزكي • وعبد اعتق بعضه خلافا لهما
وغني خلافا للشافعي في اغنياء الغزاة • وولده الصغير ومملوكه وبني هاشم
آل علي وعباس وجعفر وعقيل والحارث بن عبد المطلب ومواليهم
اي معتقي مولاء • ولا الى ذمي وجاز غيرها اي غير الزكوة والصدقة
اليه اي ان يصرف الى الذمي وقال الشافعي لا يجوز وهو رواية عن
ابي يوسف • دفع الى من ظن انه مصرف فبان انه عبده او مكاتبه يعيدها
وان بان غناه او كفره او انه ابوه او ابنه او هاشمي لم يعد خلافا
لابي يوسف • وندب دفع ما يغنيه عن السؤال يوما وكره دفع مائتي درهم
الى فقير غير مديون • وان دفع جاز خلافا لزفر • ونقلها الى بلد آخر الا
الى قريبه او الى احوج من اهل بلده في المال المعتبر مكانه لا مكان صاحبه

حتى لو كان هو في بلد وماله في آخر يفرق في موضع المال باب الفطرة
الفطرة من بر او دقيقه او سويقه او زبيب والزبيب بمنزلة الشعير
وهو رواية الحسن عنه والاول رواية الجامع الصغير نصف صاع
وعند الشافعي صاع من الكل ومن تمر او شعير صاع مما يسع ثمانية ارطال
من مج او عدس انما قدروه بهما لعدم التفاوت بين حباتهما تخلخلا و
اكتنازا واما التفاوت صغرا وعظما فلا دخل له في التقدير وزنا والمقدار
الصاع العراقي الذي اخرجه الحجاج ولا رأي في تعيين قدره انما ذلك
في اخذ عبارة من قال ان المج اثقل من الحنطة فالاحوط ان يقدر بها فقدم
ثم ان ما ذكر عندهما وهو مذهب اهل العراق وعند ابي يوسف والشافعي
خمسة ارطال وثلث رطل وهو مذهب اهل الحجاز ووجه اعتبار الوزن
على رواه ابو يوسف عن ابي حنيفة اختلاف العلماء في الصاع بانه كم رطلا و
اجماع منهم على انه معتبر بالوزن اذ لا معنى للاختلاف فيه الا اذا اعتبر به ونصف
الصاع العراقي من البر منوان ولذلك قال ومنوان بر اجاز المن اربعون
استارا والاستار اربعة مثاقيل ونصف مثقال فالمن مائتان وثمانون
مثقالا خلافا لمحمد في رواية رواه ابن رستم عنه لان الاثار جاءت
بالصاع وهو اسم للكيل واداء البر في موضع يشترى به الاشياء احب
وعن ابي يوسف الدراهم اولى من الدقيق وهو اولى من البر وهو اختيار الفقيه
ابي جعفر لانها ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه
ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي وتجب على حر مسلم قدر

النصاب لم يقل نصاب الزكوة لانه ليس بشرط لانها تجب على من له كتب فقهية
مقدار النصاب وليس باهل لها وليس له نصاب الزكوة لان الكتب خارجة عنه
ولما زاد عبارة القدر احتاج الى زيادة قوله فاضلا عما لا بد منه ولولا تلك
الزيادة لما احتيج الى هذا القيد لما عرفت ان ملك النصاب لا يوجد بدونه
وان لم ينم اي لا يشترط فيه الحول مع التمنية او السوم او نية التجارة
وعند الشافعي تجب الاضحية ونفقة الاقارب وتسمى حرمان نصاب الزكوة
لنفسه وولده الصغير قد مر وجه العدول عن الطفل واحترز بعيد الصغير
عن الكبير وبقوله فقيرا عن الغني ولا حاجة الى ذكر الوجوب من مال ولده الصغير
غنيا لانفهامه مما تقدم حيث لم يشترط البلوغ فيمن وجبت عليه وفيه خلاف
لمحمد وزفر ومملوكه للخدمة احترز به عن مملوكه للتجارة فانه لا يجب خلافا
للشافعي ولو مدبرا او ام ولد او كافرا وفيه خلاف الشافعي لا لزوجته
خلافا له ومكاتبه ومملوك ابق الا بعد عوده ولا العبد او عبيد بين
اثنين على احدهما في الاخير خلاف لصاحبيه ولو بيع بخيار لم يقل بخيار احدهما
لانه قد يكون بخيارهما والجواب مشترك فعلى من يصير له معناه اذا مر
يوم الفطر والخيار باق وقال زفر يجب على من له الخيار وجوابه غير تام لعدم
انتظامه صورة الخيار لهما وقال الشافعي على المشتري بطلوع فجر الفطر
نفس الوجوب بالسبب وهو رأس يمونه ويلي عليه وله شرط وهو ملك النصاب
المذكور ووجوب الاداء بالخطاب وهو قوله عليه السلام ادوا عن كل حر
الحديث وله شرط وهو الوقت فان الاداء قبله ليس بواجب بالاجماع

فيجب لمن اسلم او ولد قبله اى قبل الطلوع وفى القول الجديد للشافعى تجب
باول جزء من ليلة العيد وفى قوله القديم توافقنا لا لمن مات فى ليلة خلافا
للشافعى فى قوله الجديد او اسلم او ولد بعده اى بعد طلوع الفجر وهذا بالاتفاق
على اختلاف الاصلين ولو قدمت جاز بلا فصل بين مدة ومدة هو الصحيح وندب
تعجيلها ولو اخرت لا تسقط خلافا لحسن بن زياد والحسن البصرى وما لك ذكره
فى الدراية والله اعلم

كتاب الصوم

الصوم هو فى اللغة الامساك
مطلقا وفى الشرع الامساك عن المفطرات المعهودة الاتى تفصيلها ومن
قال ترك الاكل والشرب والوطى فلم يحسن فى العدول عن الامساك الى الترك
ولم يصب فى عدم ذكر بعض المفطرات كالذى يصل الى دماغه او جوفه لان فيه
من الصبح الى المغرب مع النية لم يقل مع نيته مع كونه اخصر لانه اراد
النية المعهودة وهى التى اعتبرت فى الشرع احترازا عن نية من ليس اهلا
للصوم فانها غير معتبرة فيه وصوم رمضان فرض انعقد على فرضيته
اى على ثبوته علما وعملا الاجماع القطعى المنقول تواترا ولهذا يكفر جاحده
على كل مسلم مكلف اداء وقضاء وصوم النذر والكفارة واجب
لم ينعقد الاجماع على فرضية واحد منهما بل على وجوبه اى ثبوته عملا لا علما
ولهذا لا يكفر جاحده وغيرهما نفل صاحب الهداية اطلق الواجب
فى مقابلة النفل حيث قال الصوم ضربان واجب ونفل فلا جرم اراد به
ما يعم الفرض ثم اطلقه فى مقابلة الفرض حيث قال صوم رمضان فريضة
والمنذور واجب فاراد به ما يقابل الفرض ومن لم يفرق بين المقامين

يقف على ان مقتضى كل منهما غير مقتضى الاخر لم يكن على بصيرة وصح اداء
صوم رمضان بنية فى الليل واليوم قبل نصفه اى نصف اليوم لم يقل
من الليل الى الضحوة الكبرى لان الشرط وجودها فى احد الوقتين لا
ابتداؤها من احدهما وانتهاؤها فى الاخر كما هو السابق الى الوهم
من العبارة المذكورة وعند الشافعى لا بد من التبييت فى الصحيح قال
الامام السرخسى فى شرح الجامع الصغير ذكر ههنا قبل نصف النهار وذكر
فى كتاب الصوم قبل الزوال فى الاول هو الصحيح لان الشرط عندنا اقتران
النية باكثر وقت الاداء لقيام الاكثر مقام الكل واذا نوى قبل
الزوال لا يوجد هذا لان ساعة الزوال نصف النهار لا نصف اليوم واليوم
وقت الاداء والنهار من طلوع الشمس الى غروبها واليوم من طلوع
الفجر الى غروب الشمس وبنية مطلقة اراد الاطلاق عن وصف الصوم
فلا ينافيه التقييد بالاصل وبنية نفل خلافا للشافعى وبنية واجب
اخر الا فى السفر فانه حينئذ يقع عن ذلك الواجب ذكر صاحب المنظومة فى
مقالة النعمان اذ نوى فى رمضان فى سفر عن واجب اخر فهو معتبر وقال
فى الحقائق نقلا عن المبسوط هذا عنده وقالا يقع عن رمضان وانما
وضع فى المسافر لان الصحيح فى المريض انه يقع عن رمضان اجماعا وبهذا
تبين وجه اصابة المصنف فى اسقاطه قوله او مرض وكذا النذر المعين
اى حكمه حكم صوم رمضان الا فى الاخير فانه اذا نذر صوم يوم معين
ثم نوى فى ذلك اليوم واجبا اخر يقع عن ذلك الواجب والنفل بنية

وبنية مطلقة قبل نصف اليوم خلافا لمالك وانما لم يقل قبل الزوال
لما عرفت انه خلاف الصحيح وعند الشافعي يجوز بعده ايضا ويصير صائما حين
نوى اذ هو متجزّ عنده وشرط للقضاء والكفارة والنذر المطلق التبييت
اراد به ان ينوي في الليل والتعيين وان غم ليلة شك وهي ليلة الثلثين
من اول شعبان لا يصام الا نفلا ولو صامه لرمضان كره ويقع عنه
ان كان منه انما قال هذا لانه ان كان من شعبان لا يقع عنه بل يكون
تطوعا ولا يقضي ان افطر لانه مظنون ولو صامه لواجب كره ويقع عنه
اي عن ذلك الواجب في الاصح ترجيح له على ما قيل انه يقع تطوعا ان لم يكن
من رمضان والا فعنه لما مر ان صوم رمضان يتأدى بنية واجب آخر
ولو صامه لرمضان ان كان منه ولواجب ان لم يكن منه او له ان كان منه
وللنفل ان لم يكن منه كره ويقع عنه ان كان منه والا فنفل فيهما اي في الصورتين
ولا صوم لمن نوى ان كان من رمضان فانا صائم والا فلا والتنفل فيه
افضل لمن وافق معتاده وللخواص كالمفتي والقاضي ومن رأى هلال صوم
او فطر وحده يصوم عبارة الهداية صريحة في الوجوب وقال في البدائع وجوب
الصوم عليه ممنوع فان المحققين من مشايخنا قالوا لا رواية في وجوب الصوم
عليه وانما الرواية انه يصوم وهو محمول على الندب احتياطا رد قوله او لا
لم يقبل وان رد قوله لانه لا يناسب قوله او فطر كما لا يخفى ويقضي ان افطر سواء
كان قبل الرد او بعده ولا يكفر ان افطر بعد الرد خلافا للشافعي فيما اذا
افطر بالوطي وانما قال بعد الرد اذ لا رواية عن اصحابنا في وجوب الكفارة عليه

ان افطر

ان افطر قبل الرد واختلف المشايخ فيه ذكره في البدائع وقبل بلا دعوى
ولفظ اشهد خبر عدل ولو قنا او امرأة او محدودا في قذف لم يقبل
تائبا لان في قوله عدل غنى عنه للصوم مع علة غيم كان او غبارا او دخانا
او نحو ذلك بشرط ان يفسر ويقول رأيت الهلال خارج البلد او يقول
رأيته بين خلل السحاب اما بدون هذا التفسير لا يقبل لمكان التهمة
ذكره في الذخيرة نقلا عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل وشرط للفطر
معها اي مع العلة نصاب الشهادة رجلان او رجل وامرأتان
ولفظها والعدالة لا الدعوى وبدونها جمع عظيم يقع العلم بخبرهم والمراد
العلم الشرعي الموجب للعمل وهو غلبة الرأي لا العلم بمعنى اليقين نص عليه
في المنافع وغاية البيان فيهما اي في الصوم والفطر وبعد صوم ثلثين
بقول عدلين حل الفطر وبقول عدل لا هذا عندهما خلافا لمحمد وقال
شمس الائمة الحلوائي هذا الاختلاف فيما اذا لم ير واهلال شوال والسماء
مصحية فاما اذا كانت متغيمة فانهم يفطرون بلا خلاف ذكره في الذخيرة
ووجه قول محمد ان الفطر يثبت بتبعية الصوم وكم من شيء يثبت تبعا
ولا يثبت اصالة وكذا لا يحل الفطر بعد صوم ثلثين برؤيته اي هلال الصوم
وحده قال في الهداية لو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام
لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في الافطار ولو فطر
لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده والاضحى كالفطر اي في الاحكام
المذكورة وذكر في النوادر عن ابي حنيفة انه كرمضان والاول اصح

باب موجب الافساد من القضاء والكفارة. من جامع في
في احد السبيلين او اكل او شرب غذاء او دواء عمداً او احتجم فظن انه
فطر. من هنا علم ان الاحتجام لا يفسد الصوم فاكل عمداً قضى وكفر. وعند الشافعي
لا كفارة الا في الافساد بالوطي. كالمظاهر اي كفارته مثل كفارة الظهار
وهو اي التكفير بافساد اداء رمضان لا غير اي لا بافساد قضائه واداء غيره
وقضائه وان افطر خطاء بان كان ذاكراً الصوم غير قاصد للافطار
او مكرهاً خلافاً للشافعي فيهما. او احتقن او استعط. اي صب الدواء
في الانف فوصل الى قصبة او قطر في اذنه. اراد غير الماء ولم يقيده به
اعتماداً على نفهامه مما سياتي من قوله او في اذنه ماء. او داوى اي عالج جائفة
هي الجراحة التي بلغت الجوف. او آمة وهي الشجة التي بلغت ام الدماغ
فوصل الى جوفه او دماغه. وقالا لا يفسد لعدم التيقن بالوصول لان
المنفذ مرة واتساعه مرة اخرى وانما قال فوصل لان العبرة
الوصول لا للرطب واليابس حتى اذا علم ان اليابس وصل فسد وان علم
ان الرطب لم يصل لم يفسد وعليه اكثر مشايخنا لكن ما ذكر في ظاهر الرواية
ان باليابس لا يفسد عند الكل وفي الرطب يفسد عنده خلافاً لهما ذكره
في الحقائق نقلاً عن المبسوط. او ابتلع حصاة او حديداً. وعند مالك تجب
الكفارة ايضاً في ابتلاع ما لا يؤكل عادة. او استقاء ملء فيه او تسحر وافطر
يظنه ليلاً وهو يوم او اكل عامداً بعد ما اكل ناسياً فظن انه فطر او جومعت
نائمة. فيه خلاف لزفر والشافعي. او امسك يعني عن المفطرات. في رمضان كله

بلا نية

بلا نية. وقال زفر يتأدى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم
او اصبح غير ناو للصوم فاكل قضى فقط. وقالا تجب الكفارة اذا اكل قبل
الزوال وقال زفر يجب مطلقاً. ولو اكل او شرب او جامع ناسياً.
والقياس ان يفطره وهو قول مالك او احتلم او انزل بنظر. وقال مالك
ان انزل بالنظرة الاولى لا يفسد وان انزل بالثانية يفسد من التبيين
وانما لم يذكر مسئلتي الاكتحال والادهان اذ في قوله الاتي لا الكحل والدهن
غنى عن ذكرهما. او اغتاب او غلبه القيء او تقيأ قليلاً. هذا عند ابي يوسف
خلافاً لمحمد ولا نص عن الشيخ وانما قال قليلاً لانه اذا كان ملء الفم
يفسد بالاتفاق وهذا اذا كان ذاكراً الصوم والا فلا يفسد بالاتفاق
ذكره في التحفة او اصبح جنباً او صب في احليله دهن. هذا عنده
وعند ابي يوسف يفسد واما محمد فقيل هو مع الثاني والاظهر انه مع
الاول او في اذنه ماء او دخل غبار او دخان او ذباب حلقه او المطر
والمطر والثلج يفطر في الاصح ولو وطئ ميتة او بهيمة. قال في الهداية
ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل فلا
والمفهوم منه ان يكون القضاء عندنا ايضاً انزل او لم ينزل وليس
كذلك فانه اذا لم ينزل لا يفسد صومه بالاتفاق ولا ينتقض وضوءه
ذكره في التبيين. او في غير فرج. اراد غير القبل والدبر كالفخذ والابط
والبطن ذكره في التبيين. او قبل او لمس ان انزل قضى والا فلا
اكل ما بين اسنانه مثل حمصة قضى فقط هذا عند ابي يوسف وعند

زفر عليه الكفارة ايضا من الهداية وفي الخانية وعن محمد روايتان
في رواية عليه الكفارة وفي رواية عليه القضاء وسكت عن الكفارة
وفي اقل منها لا خلافا لزفر الا اذا اخرجه ثم اكل ولو بدأ باكل سمسمة
فسد الا اذا امضغ لانه يتلاشى في فمه بالمضغ الا ان يجد طعمه في
حلقه ذكره قاضي خان وفي كثير عاد او اعيد يفسد لا القليل في الحالين
عند ابي يوسف وعند محمد يفسد اعادة القليل لا عود الكثير اذا اعاد
القيء فالمعتبر عند ابي يوسف الكثرة وحدها ملاء الفم وعند محمد تعمد
الصنع اي الاعادة ففي اعادة الكثير يفسد اتفاقا وفي عود القليل
لا يفسد اتفاقا وفي اعادة القليل لا يفسد عند ابي يوسف خلافا لمحمد
وفي عود الكثير على عكسه وكره له الذوق ومضغ شيء قالوا هذا
في الفرض واما في النفل فلا يكره ذكره في التجنيس الا طعام صبي ضرورة
قيد للمسئلة لا تعليل لها والقبلة والمباشرة الفاحشة ان لم يأمن
لا الكحل والدهن والسواك خلافا لمالك في الرطب ولو عشيا خلافا
للشافعي فانه يكره عنده في العشي ويستحب في الغد وذكر في الحقائق
والخلاف في المبلول بالماء اذ الرطب الاخضر لا بأس به اجماعا من جامع
البزدوي وقاضي خان وفتاواه وشيخ فان قال في الحقائق نقلا
عن الزيادات البرهانية تفسير الشيخ الفاني ان يعجز عن الاداء في الحال
ويزداد عجزه كل يوم الى ان يكون ماله الموت بسبب الهرم يفطر ويطعم
لكل يوم مسكينا وعند مالك لا فدية عليه ذكره في المنظومة كالفطرة

وعند الشافعي مقدار الواجب مد ويقضي ان قدر وحامل او مرضع خافت
على نفسها او ولدها خلافا للشافعي في الاخير ولا خفاء في ان خوفها
على ولدها انما يتحقق عند تعينها للارضاع لفقد الظئر او لعدم قدرة
الزوج على استيجارها او لعدم اخذ الولد ثدي غيرها فسقط ما قيل
حل الافطار يختص بمرضعة اجرت نفسها للارضاع ولا يحل للوالدة
اذ لا يجب عليها الارضاع ثم انه مردود بقول القدوري وغيره
اذا خافتا على نفسهما او ولدهما اذ ليس الولد للمستاجرة وما في
الحديث المروي عن انس بن مالك وهو ان النبي عليه السلام قال
ان الله عز وجل وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلوة وعن
الحبلى والمرضع الصوم ومريض خاف المعتبر غلبة الظن زيادة مرضه
كيفا كانت او كما وكذا الصحيح الذي يخشى ان يمرض بالصوم ذكره
في التبيين وقال الشافعي لا يفطر الا اذا خاف الهلاك من علة اصله
في التيمم ومسافر عرفه لان المراد المسافر المعهود لا المسافر اللغوي
قال في الذخيرة والسفر الذي يبيح الفطر ما يبيح القصر افطروا
وقضوا بلا فدية وصومه اي صوم المسافر احب ان لم يضره السفر
خلافا للشافعي اعلم ان السفر ليس بعذر في اليوم الذي انشأه
فيه وعذر فيما عداه من الايام والمرض عذر في اليوم الذي مرض فيه
وغيره ذكره في الذخيرة ولا قضاء نفي لزوم القضاء والمراد بيان
عدم لزوم الوصية بالفداء عنه ان مات في سفره او مرضه وهو على

حالة لابد من هذا القيد في الاخير لان المرض قد يخف فيختلف حكمه بخلاف
المسافر وان زال العذر ثم مات لم يقل وان صح ثم مات لان الشرط
القدرة لا الصحة والاولى لا تستلزم الثانية اوصى بان بعذر الصحة
والاقامة وعند مالك لا يجب هذا ويجب من الثلث ان اوصى وعند الشافعي
يجب من الكل اوصى به او لم يوص وفدية كل صلوة كفدية صوم يوم
هو الصحيح رد لما قيل فدية صلوات يوم واحد كفدية صوم يوم واحد
ويقضي رمضان وصلا وفصلا والاول اولى وان جاء آخر صامه
ثم قضى الاول بلا فدية وعند الشافعي يجب الفدية اذا كان التأخير
لا بعذر مستمر ولا يصوم ولا يصلي عنه وليه خلافا للشافعي ويلزم صوم نفل
شرع فيه اي يجب عليه تمامه فان فسد فعليه القضاء خلافا للشافعي الا
في الايام المنهية هي عيد الفطر وعيد الاضحى مع ثلث بعده ولا يفطر بلا عذر
اي اذا شرع في صوم التطوع لا يجوز له الافطار بلا عذر في رواية
وفي اخرى يجوز والضيافة عذر في حق المضيف والضيف ان تأذى
واحد منهما ويمسك بقية يوم اختلفوا في هذا الامساك في انه يمسك
وجوبا او ندبا والصحيح انه يمسك وجوبا ذكره في التبيين وليس الامساك
هنا على جهة الصوم حتى ينافي الافطار المتقدم وانما هو قضاء لحق الوقت
بالتشبه صبي بلغ وكافر اسلم وحائض طهرت ومسافر قدم خلافا
للشافعي ولا يقضي الاولان يومهما لعدم الاهلية في اول اليوم فلم يجب
الاداء فلا يجب القضاء خلافا لزفر في الش وان اكلا فيه بعد النية

يوم وقتها بان يبلغ او يسلم قبل نصف اليوم نوى المسافر الفطر وقدم
فنوى الصوم في وقتها صح لا فرق في هذا بين ان يكون الصوم
فرضا او نفلا ولهذا قال صح فانهما لا يختلفان في الصحة وانما يختلفان
في اللزوم ولهذا قال وفي رمضان يجب عليه الصوم كما يجب الاتمام
على مقيم سافر في يوم منه لكن لو افطر لا كفارة فيهما اي في قدوم المسافر
وسفر المقيم من اغمي عليه رمضان كله قضاه وكذا يقضي اياما اغمي عليه
فيها الا يوما حدث الاغماء فيه او في ليلته لوجود الصوم فيه
وهو الامساك المقرون بالنية قال في الذخيرة لان كل مؤمن في
كل ليلة رمضان على قصد صوم الغد هذا هو الظاهر والبناء على
الظاهر واجب ما لم يعلم خلافه الا اذا وجد الصارف عن الظاهر بان
يكون مسافرا او مريضا او متهتكا اعتاد الاكل في رمضان ويقضي
ما بعده لعدم النية خلافا لمالك الا اذا علم انه لم ينو فحينئذ يقضي
ذلك اليوم ايضا ولو جن كله المراد قدر ما يمكنه الصوم فيه حتى لو
افاق بعد الزوال من اليوم الاخير لم يلزمه القضاء لعدم صحة الصوم
فيه ذكره شمس الائمة الحلوائي لم يقض خلافا لمالك ولو افاق
بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي وان بلغ مجنونا لا فرق
بين المجنون الاصلي وهو من بلغ مجنونا والمجنون العارضي وهو
من بلغ عاقلا ثم جن في ظاهر الرواية ومن اصحابنا من فرق فقال
ان المجنون الاصلي اذا افاق في بعض الشهر لم يلزمه قضاء ما مضى

وهكذا روى ابن سماعة عن محمد ذكره في الذخيرة وروى هشام
عن ابي يوسف انه قال في القياس لا قضاء عليه لكن استحسن فاوجب
عليه ما مضى من الشهر لان الجنون الاصلي لا يفارق الجنون العارضي
في شيء من الاحكام وليس فيه رواية عن ابي حنيفة واختلف فيه
المتأخرون على قياس مذهبه والاصح انه ليس عليه قضاء ما مضى
من المبسوط • نذر بصوم يومي العيد وايام التشريق او بصوم هذه السنة
صح وافطر هذه الايام وقضاها وكذا ان لم يعينها • اي السنة بان
ذكرها منكرة • و يقضيها • اي يقضي الايام المنهية • موصولة ان شرط
التتابع • انما قال هذا اذ لو لم يشترط يقضي خمسة وثلثين يوما
لان السنة المنكرة من غير ترتيب اسم لايام معدودة قدر السنة
فلا يدخل في النذر الايام المنهية ولا شهر رمضان بل لزمه من غيرها
قدر السنة فان ادى ايام هذه السنة فعداديها ناقصة فلا تجزئه
عن الكل وشهر رمضان لا يكون الا عن رمضان فيجب عليه قضاؤه
قدره بخلاف الفصلين الاولين لانه دخل في النذر وصومه منهي عليه
من جهة اخرى فلم يصح التزامه بالنذر وفي الفصول الثلثة كلها خلاف
لزفر والشافعي وائمتنا الثلثة فرقوا بين النذر والشروع في هذه
الايام المنهية وقالوا لا يلزم بالشروع لانه معصية ويلزم بالنذر
اذ لا معصية فيه • ولو صامها اجزأه • لانه اداه كما التزمه • ثم ان لم ينو
شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونفى الآخر كان نذرا فقط

وان نوى اليمين ونفى الآخر كان نذرا ويمينا اتفاقا • حتى لو فطر
يجب عليه القضاء للنذر والكفارة لليمين • وعند ابي يوسف نذر
في الاول ويمين في الثاني • المراد بالاول ما اذا نواهما وبالثاني ما اذا
نوى اليمين اعلم ان صاحب الهداية جعل اليمين معنى مجازيا
والعلاقة بين النذر واليمين ان النذر ايجاب المباح فيدل على
تحريم ضده وتحريم الحلال يمين لقوله تعالى لم تحرم ما احل الله لك الى قوله
قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم واورد عليه بانه يلزم الجمع بين الحقيقة
والمجاز واجيب بان الجمع بينهما في الارادة لا يجوز وهنا ليس
كذلك فان النذر لا يثبت بارادته بل بصيغته فان صيغته
انشاء للنذر فيثبت النذر سواء اراده او لم يرده ما لم ينو انه ليس
بنذر اما اذا نوى انه ليس بنذر يصدق فيما بينه وبين الله
تعالى فان هذا امر لا مدخل فيه للقضاء القاضي والمعنى المجازي يثبت
بارادته فلا جمع بينهما في الارادة واما ما قيل ليس اليمين معنى مجازيا
بل هذا الكلام نذر بصيغته يمين لموجبه والمراد بالموجب اللازم
كما ان شرى القريب شرى بصيغته اعتاق بموجبه مردود بما ذكره
صاحب الكشاف والتحقيق من ان اليمين لو كانت موجبه لثبت بلا نية
كشرى القريب بل هي معنى مجازي • لا كراهة في صوم الست بعد الفطر
متتابعة في المختار • لان الكراهة انما كانت لانه لا يؤمن من ان يعد
ذلك من رمضان فيكون تشبها بالنصارى والآن زال هذا المعنى

كذا في التجنيس وفي البدايع الاتباع المكروه هو ان يصوم الفطر ويصوم
بعده خمسة ايام واما اذا افطر يوم العيد ثم صام بعده ستة ايام فليس
بمكروه بل هو مستحب وسنة **باب الاعتكاف** هو سنة مؤكدة في الصحيح
والاولى ان يعتكف في رمضان خصوصا في العشر الاخر منه ومكث
في مسجد جماعة بنية والصوم شرط واجبه الصوم شرط لصحة الواجب منه
عندنا وبه قال مالك خلافا للشافعي وجوبه بالنذر والشروع والتعليق
ذكره في مختارات النوازل ولصحة التطوع منه فيما روى الحسن عن ابي حنيفة
وفي ظاهر الرواية ليس بشرط لها وهو قولهما ذكره في الذخيرة واقله
اي اقل الواجب منه يوم اشتراط الصوم في صحته لا يقتضي ان يكون
تمام يوم كما يفهم من الهداية ولذلك ترك التفريع واقل النفل ساعة
في رواية الحسن عنه لا يكون النفل ايضا اقل من يوم وفي رواية الاصل
وهو قول محمد اقله ساعة فيكون من غير صوم ذكره في الهداية وعند
ابي يوسف اقل النفل مقدر باكثر النهار ذكره في الحقايق فيقتضي من
قطع الواجب اي في يوم اعتكف فيه دون النفل الا على رواية الحسن
عنه ولا يخرج منه اي من معتكفه الا لحاجة اراد لحاجة الضرورية لعموم
الناس بدلالة قوله ولا يمكث بعد فراغه عن الطهور لان ما ثبت
بالضرورة يتقدر بقدرها او الجمعة خلافا للشافعي هو يقول يمكنه
الاعتكاف في الجامع فلا ضرورة في الخروج ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد
مشروع فاذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج عند الزوال من

بعد عنه لبعد معتكفه ولا عبرة لبعد المنزل ولذلك لم يقل ومن بعد
منزله عنه فوقتا يدركها والسنن لم يقل سننها تعميما لسنة التحية
على الخلاف هو ان يصلي قبلها اربعا وفي رواية الحسن عنه ستا ركعتين
تحية واربعا سنة وبعدها اربعا او ستا على حسب اختلاف الاخبار
في النافلة بعد الجمعة ذكره في الذخيرة لا على حسب اختلاف الامامين اذ لا
لاعتباره ههنا فانه لا مضايقة في الخروج عندهما ولا يفسد لو مكث فيه
اكثر منه لانه محل له غير انه يوجب المخالفة لالتزامه المكث في معتكفه فكره
ذكره في مختارات النوازل وان خرج ساعة ولا عذر فسد وقالا لا يفسد
ما لم يخرج اكثر من نصف يوم وقوله اقيس وقولهما اوسع ذكره في المبسوط
وهذا كله في الاعتكاف الواجب بان اوجبه على نفسه اما في الاعتكاف
النفل وهو ان يشرع فيه من غير ان يوجبه على نفسه فلا بأس ان يخرج
بعذر وبغير عذر على ظاهر الرواية من التجنيس ويأكل ويشرب
وينام ويبيع ويشتري فيه ما لا بد منه لا بد من هذا القيد لانه اذا
اراد ان يتخذ ذلك متجرا يكره له ذكره في الذخيرة والتجنيس وقال
في التبيين وهذا صحيح بلا احضار مبيع فانه مكروه لا غيره يكره
لغير المعتكف البيع والشراء في المسجد واما الاكل والشرب والنوم فيه
فلا يكره لغيره ايضا يفصح عن ذلك قول صاحب الهداية واما
الاكل والشرب فيكون في معتكفه لان النبي عليه السلام لم يكن له
مأوى الا في المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة

للخروج. ولا يصمت المراد به صمت يعتقده عبادة وهو منهي عنه ذكره
في التبيين وذلك لانه شريعة منسوخة وتعليل صاحب الهداية بقوله
لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا يشير الى ذلك قوله. ولا يتكلم الا
بخير ويبطله الوطئ ولو ليلا او ناسيا. خص الوطئ بالذكر لانه ان اكل
او شرب في النهار ناسيا لا يبطل اعتكافه ذكره في مختارات النوازل.
ووطئ في غير فرج. ذكر الوطئ مهنا منكرا وعرفه فيما تقدم لانه معهود دون
هذا. وقبلة ولمس ان انزل والا فلا وان حرم والمرأة تعتكف في بيتها
نذر اعتكاف ايام لزمته بلياليها ولاء بلا شرطه اي يلزمه التتابع وان
لم يشترطه خلافا لزفر ذكره الزاهدي في شرح القدوري. وفي يومين
بليلتيهما. وعن ابي يوسف انه يلزمه اعتكاف يومين بليلة تتخللهما.
وصح نية النهار خاصة في الصورتين

كتاب الحج

هو القصد لغة
وفي الشرع زيارة بقاع مخصوصة على وجه مخصوص وهو ان يكون بالاحرام
في وقت مخصوص سيأتي بيانه. واعلم ان اصل الحج فرض قطعي يكفر جاحده
الا انه مشتمل على الواجبات فوصفه بالوجوب حيث قال يجب ليشمل الكل اي
قد عرفت ان الوجوب قد يطلق ويراد به ما يعم الفرض على كل مسلم في
شرط الاسلام خلافا للشافعي مكلف حر صحيح المراد من الصحة مهنا سلامة
البدن عن الآفات المانعة عن القيام بما لا بد منه في السفر فلا وجوب على الزمن
والمقعد والمفلوج والشيخ الكبير الذي لا يستثبت على الراحلة بنفسه ذكره
في البدايع وانما ذكر قيد بصير مع شمول الصحة بالمعنى المذكور على هذا

البصير اهتماما لموضع الخلاف فانهما قالا اذا وجد الاعمى قائدا مملوكا
او مستأجرا يجب عليه الحج ذكره في التحفة والخانية. له زاد وراحلة. وقال
الشافعي يجب الحج باباحة الراحلة وقال مالك والراحلة ليست بشرط
في حق القادر على المشي. فضلا عن المسكن. وان كان في المسكن فضل
عن قدر الحاجة نص عليه في الخانية. وما لا بد منه وعن نفقة عياله
ان كان عائلا. الى حين عوده مع امن الطريق. هذا في حق الآفاقي قال
الفقيه ابو الليث ان كان الغالب في الطريق السلامة يجب وان كان
خلاف ذلك لا يجب وعليه الاعتماد. في الصحيح رد لمن قال سلامة الطريق شرط
الاداء لا شرط الوجوب. والمحرم لم يذكر الزوج لان المحرم مهنا يعمه قال
في الذخيرة والمحرم الزوج ومن لا يجوز له مناكحتها على التأبيد بنسب
او برضاع او بصهرية لان المقصود من المحرم الحفظ والزوج يحفظها
وكذا سائر محارمها وقال في التجنيس ان كان محرمها فاسقا او صبيا
او مجنونا لا يجب عليها الحج ولا يحل لها السفر معه للمرأة ان كانت نائية
عن مكة مسيرة سفر خلافا للشافعي فانه قال هذا ليس بشرط ويلزمها
الحج اذا كانت في الرفقة معها نساء ثقات ذكره في البدايع. في الصحيح
رد لمن قال انه شرط الاداء لا شرط الوجوب. وعدم العدة اي لا تكون
معتدة عن طلاق او وفاة ذكره في البدايع. في العمر مرة على الفور
هذا عند ابي يوسف فانه قال الحج يجب وجوبا مضيقا وهو اصح
الروايتين عن ابي حنيفة وقال محمد والشافعي يجب وجوبا موسعا

ذكره في الاسرار فعند محمد يجوز التأخير الا اذا غلب على ظنه الفوات اذا
اخر بامارات فانه حينئذ يأثم ان اخر وفات الحج بالموت بخلاف ما اذا مات
بالتأخير قبل ان غلب على ظنه الفوت كذا قال ابو الفضل الكرماني وثمرة الخلاف
تظهر في حق المأثم حتى يفسق بالتأخير وترد شهادته عند من يقول هو على
الفور ذكره في التبيين فلو احرم صبي فبلغ تفريع على اشتراط البلوغ في
وجوب الحج او عبد فعتق تفريع على اشتراط الحرية فيه والمراد البلوغ و
العتق قبل الوقوف ولم يذكره اعتمادا على انفهامه من قوله الآتي ثم وقف
فمضى لم يؤد فرضه خلافا للشافعي ذكره في البدائع ولو جدد اي الصبي عند
للفرض احرامه بان لبى ونوى حجة الاسلام ثم وقف جاز عنه بخلاف العبد
اذا جدد للفرض احرامه بعد العتق لان احرام الصبي لم يكن لازما واحرام
العبد لازم فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره وفرضه الاحرام والوقوف
بعرفة قال المطرزي عرفات علم للموقف وهي منونة لا غير ويقال لها عرفة
ايضا وطواف الزيارة وواجبه وقوف جمع هو المزدلفة والسعي بين
الصفا والمروة ورمي الجمار وطواف الصدر من الصدور وعند مالك
هو سنة وهو احد قولي الشافعي للآفاقي قال اهل اللغة الآفاق النواحي
والواحد الافق والنسبة افقي واما الآفاقي فمنكر لان الجمع اذا لم يسم به
لا ينسب اليه وانما ينسب الى واحده كذا في تهذيب الاسماء للنووي ويمكن
ان يقال ان الجمع بالاشتهار وغلبة الاستعمال يأخذ حكم التسمية فيجوز
النسبة اليه بعد ذلك والحلق والتقصير هو اخذ رؤس الشعر بقدر الانملة

وغيرها سنن وآداب ووقته شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة
وعند مالك ذو الحجة كله وكره الاحرام له اي للحج قبله اي قبل الوقت
المذكور وفي القول الجديد للشافعي لا يجوز وينعقد عمرة والعمرة سنة
وهي احرام وطواف وسعي وحلق او تقصير الاحرام شرط والطواف
ركن وغيرهما واجب ذكره في الكافي وشرح الطحاوي وجازت في كل
السنة فلا تفوت وكرهت في يوم عرفة واربعة بعدها وميقات
المدني قال صاحب الكشاف الميقات ما وقت به الشيء اي حدد ومنه
مواقيت الحج وهي الحدود التي لا يتجاوزها من يريد دخول مكة الا محرما
والمراد من المدني من جاء من سمت المدينة وطريقها ولا يلزم
ان يكون من اهلها وكذا في سائره دل على ذلك ما ذكر في المستصفى
ان الشامي اذا عزم على الحج واحرم من ذات عرق لا يجب عليه اعادة
الاحرام من الجحفة ذو الحليفة والعراقي ذات عرق والشامي جحفة
والنجدي قرن واليمني يلملم وحرم تأخير الاحرام عنها للآفاقي قاصد دخول
الحرم لم يقل دخول مكة لانه اخص والحكم يدور مع الاعم ولم يقل مريد
لعدم عموم الحكم بغير الآفاقي الخارج عن الميقات لامر ما قال في الحقائق نقلا
عن المبسوطين لو دخلها للقتال لا احرام عليه عند الشافعي قولا واحدا
وان دخل للتجارة او لطلب الغريم ففيه قولان عنده وهذا في الآفاقي
اما من كان داخل الميقات فله ان يدخلها لحاجة بغير احرام اجماعا
وكذلك الحطابون من اهل مكة اذا جاوزوا الميقات كان لهم دخول مكة

بغير احرام والفرق المذكور فيما اذا قصد الدخول للنسك واما اذا
قصد لها فلا فرق بين الآفاقي والمكي الخارج عن الميقات قال في البدايع
البستاني والمكي اذا خرج الى الآفاق صار حكمه حكم اهل الآفاق لا يجوز
مجاوزته ميقات اهل الآفاق وهو يريد الحج او العمرة الا محرما ولو
جاوز الميقات يريد دخول مكة او الحرم بلا احرام لزمه حج او عمرة لان
مجاوزة الميقات على قصد دخول مكة او الحرم بدون الاحرام لما كان
حراما كانت المجاوزة التزاما للاحرام دلالة فكانه قال لله تعالى علي احرام
ولو قال ذلك يلزمه حجة او عمرة وكذا اذا فعل ما يدل على الالتزام كذا في
البدايع وللشافعي خلاف فيما ذكر وصح منه لو حج عما عليه في عامه ذلك
بان رجع الى الميقات واحرم بحجة الاسلام فانه حينئذ يجوز عنها وعما لزمه
بدخول الحرم وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لا بعده والتقديم
افضل خلافا للشافعي وحل لمن في داخلها اي داخل المواقيت لم يقل
لاهل داخلها اذ لا اختصاص لهذا الحكم لهم فان من وجد في الداخل من
الآفاقي يباح له دخول مكة غير محرم على ما سبق والبستاني وميقاته الحل اي
خارج الحرم قال في البدايع الآفاقي اذا دخل البستان والمكي اذا
خرج اليه واراد ان يحج او يعتمر فحكمه حكم اهل البستان ولمن بمكة للحج الحرم
وللعمرة الحل لان معظم اركان الحج وهو الوقوف في العرفات وهي في
الحل فاحرامه من الحرم والعمرة وهي طواف البيت في الحرم فاحرامها
من الحل ليتحقق نوع سفر ومن شاء احرامه توضأ وغسله احب ولبس ازارا

ورداء طاهرين وتطيب وصلى ركعتين لم يقل شفعا للعموم وقال المريد
للحج اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني ولبى ناويا به لم يقل ثم لبى
لا اشعاره بالتراخي وهو خلاف الافضل وهي لبيك اللهم لبيك لبيك
لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك لبيك والملك لا شريك لك
ولا ينقص منها وان زاد جاز واذا نوى ملبيا اي جعل التلبية قيدا لان
الاصل في انعقاد الاحرام هو النية الا ان اعتبارها عند التلبية صرح به
الصدر الشهيد فقد احرم ولا يصير محرما بالنية ما لم يأت بالتلبية
او ما يقوم مقامها من ذكر يقصد به التعظيم فارسية كانت او عربية
خلافا للشافعي وكذا لا يصير محرما بالتلبية ما لم يأت بالنية او ما يقوم
مقامها من سوق الهدي فيتقي الرفث هو الجماع او الكلام الفاحش
او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق وهي المعاصي والجدال ان يجادل
رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقدم وقت الحج وتأخيره وهذا القول
في تفسير الجدال الواقع في كلام الله تعالى ولا وجه لان يراد ههنا اذ لا
معنى لنهينا عن المجادلة المذكورة وقتل صيد البر لا البحر والاشارة
اليه والدلالة عليه والاشارة ان يشير الى آخر باليد الى الصيد والدلالة
ان يقول ان في مكان كذا صيدا والتطيب والادهان وقلم الظفر
وستر الوجه والرأس وقال الشافعي يجوز للرجل ستر الوجه وغسل
رأسه ولحيته بالخطمي وقصها وحلق رأسه وشعر بدنه وقصه
ولبس قميص وسراويل وقباء وعمامة وخفين الا ان لا يكون له نعلين فيقطع

اسفل من الكعبين وثوبا صبغ بماله طيب اي رائحة طيبة خلافا للشافعي
في المعصفر الا بعد زوال الطيب لا الاستحمام والاستظلال ببيت ومحمل
المحمل بفتح الميم الاول وكسر الثاني او على العكس الهودج الكبير وشد هميان
بالكسر في وسطه وقال مالك يكره ذلك اذا كان فيه نفقة غيره واكثر
التلبية متى صلى او علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبا جمع راكب او
او استيقظ من منامه واذا دخل مكة بدأ بالمسجد وحين رأى البيت
كبر وهلل ثم استقبل الحجر وكبر وهلل برفع يديه كالصلوة واستلم قال
في ديوان الادب استلم الحجر اذا لمسه اما بقبلة واما بيده وفي عند الفقهاء
الاستلام ان يضع كفيه على الحجر ويقبله بفمه ان قدر غير مؤذ لاحد والا
اي الحجر شيئا في يده ثم قبله وان عجز عنهما استقبله وكبر وهلل وحمد الله
تعالى وصلى على النبي عليه السلام وطاف طواف القدوم وسن للآفاقي واخذ
عن يمينه الضمير للآخذ مما يلي الباب قال في الذخيرة ولو اخذ عن يساره
يعتد بطوافه في حكم التحلل عندنا وعليه الاعادة ما دام بمكة وان
رجع قبل الاعادة فعليه دم وقال الشافعي لا يعتد بطوافه جاعلا رداءه
تحت ابطه اليمنى ملقيا طرفه على كتفه اليسرى لم يقل مضطبعا لغرابته
واحتياجه الى التفسير وراء الحطيم سبعة اشواط جمع شوط وهو جري
مرة الى الغاية من المثعب والحطيم موضع الميزاب انما سمي به لانه حطم
من البيت اي كسر فلما كان الحطيم من البيت يطاف وراءه حتى لو دخل
الفرجة لا يجوز لكن ان استقبل المصلي الحطيم وحده لا يجوز اخذا بالاحتياط

في كل من الكمين رمل هو ان يمشي سريعا ويهز في مشيه الكتفين كالمبارز
بين الصفين وذلك مع الاضطباع في الثلثة الاول فقط ومشي في
الباقي على هينته من الحجر الى الحجر ولو افتتح من غيره لم يذكر محمد هذا الفصل
في الاصل واختلف فيه المتأخرون بعضهم قالوا لا يجوز وهذا ذكر في
الرقيات وبعضهم قالوا يجوز من الذخيرة وكلما مر بالحجر فعل ما ذكر واستلم
الركن اليماني وهو حسن قال في الذخيرة ولم يذكر في الاصل استلام
الركن اليماني وفي مختصر الكرخي ويستلم الركن اليماني وفي نوادر هشام
عن محمد ان الركن اليماني في الاستلام والتقبيل كالحجر الاسود وعن ابي حنيفة
ان استلامه حسن وفي الهداية وهو حسن في ظاهر الرواية وختم الطواف
باستلام الحجر ثم صلى ركعتين تجب خلافا للشافعي فانهما سنة عنده
بعد كل اسبوع وقالا لا يجب من سهو عن ان يصلي بينهما وان فعل صح
ويكره وقال ابو يوسف لا يكره كذا في الذخيرة عند المقام او غيره من المسجد
ان منعه اي عن الصلوة عند المقام الزحام ذكره في الذخيرة ثم عاد
واستلم الحجر وخرج فصعد الصفا واستقبل البيت وكبر وهلل وصلى على النبي
عليه السلام ورفع يديه ودعا بما شاء ثم مشى نحو المروة على هينته
حتى يصل الى بطن الوادي ثم سعى وكذلك قال وسعى ولم يقل ساعيا
بين الميلين الاخضرين فاذا جاوز بطن الوادي يمشي على هينته
حتى يأتي المروة وصعد عليها وفعل فعله على الصفا ثم ينزل عنها ويتوجه
الى الصفا يفعل هكذا سبعا يبدأ بالصفا ويختم بالمروة اي يبدأ

الشوط الاول من الصفات ويختم الشوط السابع بالمروة ولو بدأ
بالمروة لا يعتد بالشوط الاول في الصحيح ذكره في الذخيرة وقال ابو جعفر
الطحاوي يفعل ذلك سبع مرات يبتدئ في كل مرة بالصفا ويختم
بالمروة قوله ويختم بالمروة صريح في ان الرجوع غير معتبر عنده ولا يجعله
شوطا آخر كما لا يجعل جزء شوط كما قيل في رواية الطحاوي السعي من
الصفا الى المروة ثم منها الى الصفا شوط واحد فيكون اربعة عشر شوطا
على الرواية الاولى ويقع الختم على الصفا ليس بذاك ثم سكن بمكة محرما
وطاف بالبيت نفلا ما شاء وخطب الامام سابع ذي الحجة وعلم فيها
المناسك هي الخروج الى منى والصلوة بعرفات والافاضة
ثم التاسع بعرفات ثم الحادي عشر بمنى يفصل بين كل خطبتين بيوم
وقال زفر يخطب في ثلثة ايام متواليات اولها يوم التروية ثم خرج غداة
التروية هو اليوم الثامن من ذي الحجة الى منى ومكث بها الى فجر عرفة
ثم منها الى عرفات وكلها موقف الا بطن عرنة هو واد بحذاء عرفات
كذا في المغرب اراد بعرفات موضع الوقوف منها واذا زالت الشمس منه
خطب الامام خطبتين كالجمعة وقال مالك يخطب خطبتين كالعيد
وعلم فيها المناسك هي الوقوف بعرفة ومزدلفة ورمي الجمار
والنحر والحلق وطواف الزيارة وصلى بهم الظهر والعصر بعد الزوال
باذان واقامتين وشرط الامام الاكبر لا يجوز الجمع المذكور الا بشرط
الاحرام والجماعة والامام الاكبر اي السلطان فيهما عنده حتى لو صلى

الظهر وحده او بجماعة بدون الامام الاكبر او كان غير محرم فيهما ثم
احرم وصلى العصر بجماعة في وقت الظهر لا يجوز وقالا لا يشترط
الجماعة لا فيهما ولا في كل واحدة منهما ولكن يشترط احرام الحج
في العصر وحدها كذا في الخلاصة والاحرام فيهما وقال زفر الامام
والاحرام شرط في العصر خاصة ثم ذهب الى الموقف بغسل سن ووقف
الامام على راحلته جملا كان او ناقة بقرب جبل الرحمة عند الصخرات
السود الكبار باسفل الجبل هو الجبل الذي بوسط ارض عرفات يقال
له الال على وزن هلال مستقبلا اراد استقبال القبلة ودعا
بجهد وعلم المناسك ووقف الناس خلفه بقربه الافضل ان يقف بقربه
ركبانا مستقبلين سامعين مقوله واذا غربت اتى مزدلفة انما قال
اذا غربت لانه ان خرج من حد عرفات قبل الغروب فعليه دم
عندنا ويسقط بالعود اليها قبل ان يرجع الامام لا بعده في رواية الاصل
وفي رواية ابن شجاع عنه يسقط حينئذ ايضا من الذخيرة كلها موقف
الا وادي محسر ونزل عند جبل قزح وصلى العشائين في وقت الثانية
باذان واقامة وقال زفر باذان واقامتين واختاره الطحاوي
واعاد مغربا اداه في الطريق او بعرفات ما لم يطلع الفجر هذا عندهما
وقال ابو يوسف يكره ما صنع ولا اعادة لا بعده لان الحكم بعدم
الجواز لادراك فضيلة الجمع وذا الى طلوع الفجر فاذا فات امكان الجمع سقط
القضاء وصلى الفجر بغلس هو ظلمة آخر الليل ثم وقف ودعا واذا

أسبوعاً أي منى ورمى جمرة العقبة هي موضع يرمى اليه من بطن الوادي
من اسفل الى اعلاه سبعاً خذفاً الخذف رمي الحصاة برؤوس الاصابع
وكبر بكل منها وقطع تلبيته باولها ثم ذبح ان شاء ثم قصر وحلقه افضل
وحل له كل شيء من محظورات الاحرام الا النساء وقال مالك الا النساء
والطيب ثم طاف للزيارة يوماً من ايام النحر سبعة بلا رمل وسعي ان كان
سعى من قبل والا فعلهما واول وقته بعد طلوع فجر يوم النحر وهو في اولها
اي اول ايام النحر افضل من قال وهو فيه اي في يوم النحر افضل فقد سهى
لان ذلك واجب حتى يجب الدم بالتأخير عنه على ما يأتي في باب الجنايات
ويصلي ركعتين وحل له النساء ثم أتى منى وبعد زوال ثاني النحر رمى
الجمار الثلث لو رمى في الكل لا الاولى فان رمى الكل اي عكس حسن
لم اعاد الترتيب المسنون وجاز الاولى وحدها لانه تدارك الفائت
في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي عليه اعادة الكل يبدأ
بما يلي المسجد اي مسجد الخيف ثم بما يليه ثم بالعقبة سبعاً سبعاً وكبر بكل ووقف
بعد رمي بعده رمي فقط فلا يقف بعد الثالث ولا بعد رمي يوم النحر
ودعا ثم غداً كذلك ثم بعده كذلك ان مكث وهو احب وان قدم الرمي
اي في اليوم الرابع من ايام الرمي على الزوال جاز وقالا لا يجوز وله النفر
هو خروج الحاج من منى الى مكة قبل طلوع فجر اليوم الرابع وعند الشافعي ينقطع
خيار النفر بغروب الشمس من اليوم الثالث لا بعده فانه ان توقف
حتى طلع الفجر وجب عليه رمي الجمار لان اول وقته من طلوع الفجر وعنده

وعند الشافعي اول وقته من نصف الليل وجاز الرمي راكباً وفي
الاولين مما يلي مسجد الخيف وما يليه ماشياً احب لا العقبة وكره ان
لا يبيت بمنى لياليه اي ليالي الرمي وهي عند الشافعي واجبة وكذا لو بات
به مقدماً ثقله الى مكة الثقل بفتحتين المتاع المحمول على الدابة والجمع اثقال
ذكره في الفائق واذا نفر الى مكة نزل المحصب هو اسم موضع ذي حصى
بين مكة ومنى ويسمى الابطح ثم طاف للصدر سبعة بلا رمل وسعي قد تقدم
بيان وجوبه واختصاصه بالآفاقي فلا حاجة الى ذكرهما ههنا
ثم شرب من زمزم وقبل العتبة ووضع صدره ووجهه على الملتزم
وهو ما بين الحجر والباب وتشبث بالاستار ساعة ودعا مجتهداً ويبكي
ويرجع قهقرى حتى يخرج من المسجد ويسقط طواف القدوم عمن
وقف بعرفة قبل دخول مكة سواء كان محرماً من الميقات او من الحل
ولا شيء عليه بتركه لانه ليس بواجب ومن وقف بعرفة ساعة من
زوال يومها وعند مالك اوله من طلوع الفجر او طلوع الشمس على
اختلاف الروايتين عنه ولا يكفي الوقوف ساعة بل لا بد ان يقف
في اليوم وجزء من الليل الى طلوع فجر يوم النحر او اجتاز نائماً او مغمى عليه
او جهل انه عرفة صح وكذا لو اغمي عليه فاهل عنه رفيقه قال الامام الزاهد
الصفار ذكر في الاصل والجامع الصغير اهل عنه اصحابه ولم يذكر انه لو
احرم عنه واحد من عرض الناس يعني به غير اصحابه ورفقائه ما حكمه
قال ابو عبد الله الجرجاني وكان الجصاص يقول لا يجوز ثم رجع وقال

يجوز و لا يختص بذلك رفقاؤه من الحقائق ثم ان صحة ما ذكر على اطلاقه
عنده وقالا ان كان بامر منه قبل الاغماء جاز والا فلا. ومن لم يقف
فيها فات حجه. المراد بالوقوف مطلق الادراك ولو في ضمن المرور لا
ما يقابل الحركة. فطاف وسعى وتحلل وقضى من قابل. قال في شرح الطحاوي
ويسقط منه افعال الحج ويتحول احرامه الى العمرة فيأتي بافعالها ويحل
ويجب عليه قضاء الحج من قابل. وان شهدوا بالوقوف بعد وقته
اجزاءهم استحسانا والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا قبل
وقته وهذا لانها عبادة تختص بزمان ومكان فلا تقع عبادة
دونهما واما وجه الاستحسان فالمعنى فيه على ما ذكر في البدايع من
وجهين احدهما ما قاله بعض مشايخنا ان هذه شهادة قامت
على النفي وهو نفي جواز الحج والشهادة على النفي باطلة والثاني ما ذكره
آخرون وهو ان شهادتهم جائزة مقبولة لكن وقوفهم جائز ايضا
لان هذا النوع من الاشتباه مما يغلب ولا يمكن التحرز عنه فلو لم يحكم
بالجواز لوقع الناس بالحرج لان التدارك غير ممكن فيقع بين الناس فتنة
بخلاف ما اذا تبين ان ذلك اليوم يوم التروية لان التدارك حينئذ
ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة لان جواز المؤخر
له نظير ولا كذلك جواز المقدم وبما قررناه تبين وجه اصابة المص
في العدول من قولهم لا تقبل الى قوله اجزاءهم فانه يصح على وجهي الاستحسان
دون الاول واتضح ان من ذكر في تعليله ثاني وجهي الاستحسان

لم يكن على بصيرة. لا ان شهدوا به. اي لا يجزيهم الوقوف ان شهد
الشهود بانهم وقفوا قبل وقته. فيجب عليهم الاعادة ولا اشكال
في صورة المسئلة اذ يجوز ان يعتبر الناس غرة ذي الحجة من يوم الاحد
مثلا ويبنوا عليه الوقوف ثم يشهد الشهود انهم رأوا اهلال ذي القعدة
ليلة ذلك اليوم فيلزم ان يكون الوقوف يوم التروية واما قيل
في تصويرها ان الناس وقفوا ثم علموا بعد الوقوف انهم غلطوا
في الحساب وكان الوقوف يوم التروية فلا يناسب المقام لان
الكلام في ثبوت ذلك بالشهادة ومنهم من قال ان علم هذا المعنى قبل
الوقت بحيث يمكن التدارك فالامام يأمر الناس بالوقوف وان علم
ذلك في وقت لا يمكن تداركه فبناء على الدليل الاول وهو امكان
التدارك ينبغي ان لا يعتبر هذا المعنى ويقال قد تم حج الناس ابناء
على الدليل الثاني وهو ان جواز المقدم لا نظير له لا يصح الحج ويرد عليه ان
مقتضى الدليل الثاني عدم الحكم بصحة الحج لا الحكم بعدم صحته فلا ينافي
مقتضى الدليل الاول فتأمل. والمرأة كالرجل لكنها لا تكشف راسها
بل وجهها ولو سدلت عليه شيئا وجافته عنه. اي باعدت ذلك
الشيء عن وجهها صح ولا تلبي رافعة صوتها. لم يقل جهرا لان المنهي
في حقهن رفع الصوت لا الجهر والفرق واضح. ولا تسعى بين الميلين
بل تمشي على هينتها. ولا ترمل ولا تحلق بل تقصر وتلبس المخيط والخف
للحج الا حاليا ولو حاضت عند الاحرام اغتسلت. وهذا الاغتسال للاحرام

لا للصلوة فيكون مقيدا للمنطوق. واثم بغير الطواف. لا لانه في
المسجد ولا يجوز للحائض دخوله ولا لان الطواف يجوز ان يكون من
وراء المسجد لانه ليس بطواف معهود وقال في البدايع ولو طاف حول المسجد
بينه وبين البيت حيطان المسجد لم يجز لان حيطان المسجد حاجزة
فلم يطف بالبيت بل طاف بالمسجد بل لان المفهوم منه ان يكون الحرمة
لكون الطواف في المسجد حتى لو لم يكن حول البيت مسجد لم يكن الحرمة
وليس كذلك قال في الغاية لو لم يكن ثمه مسجد يحرم عليها الطواف
ولهذا اوجب عليها الجابر بل لانه صلوة قال عليه السلام الطواف بالبيت
صلوة فيعتبر فيه الطهارة عن الحيض كما يعتبر فيها الا ان اعتبارها فيها
فرضا وفيه وجوبا فلا يفوت الجواز بدونها ولذلك لم يقل حيضها
يمنع الطواف. وهو بعد ركنيه الوقوف بعرفة وطواف الزيارة. يسقط
طواف الصدر. فلا يجب عليها شيء لتركه. ولا يجب عليها شيء بتاخير طواف الركن
عن ايام النحر بسببه. اي بسبب الحيض والنفاس كالحيض ذكره في غاية البيان
قلد. التقليد ان يعلق في عنق البدنة قلادة من شراك نعل او عروة
مزادة او ما اشبه ذلك من الجلود من شرح الطحاوي. بدنة نفل
او نذر او جزاء صيد او نحوه. كدم المتعة والقران والدماء الواجبة بسبب
الجناية في السنة الماضية. وتوجه معها يريد الحج فقد احرم. فانه كما يكون
بالقول يكون بالفعل. ولو اشعرها. سياتي بيانه. او جللها. اي القى
الجل على ظهرها. او قلد شاة لا. وكذا لو بعث بدنة ثم توجه. اي ان

لم يسق البدنة بل بعثها لا يصير محرما. حتى يلحقها. فاذا لحقها يصير محرما
هذا على ما اختاره فخر الاسلام من عدم اعتبار السوق في كونه محرما.
الا في بدنة المتعة. فان فيها يصير محرما من حين توجه بنية الاحرام.
والبدنة من الابل والبقر. وعند الشافعي من الابل خاصة وقال مالك
ان عجز عن الابل فمن البقر. والهدي منهما ومن الغنم ولا يجب تعريفه.
اي الذهاب به الى عرفات وقيل المراد الاعلام والتقليد. ولم يجز فيه
الا جائز التضحية. واكل من هدي نفل ومتعة وقران فقط. انما قال هذا
اذ لا يجوز الاكل من بقية الهدايا ويستحب الاكل مما ذكر ولذلك قال
واكل ولم يقل له الاكل. وتعين يوم النحر لذبح الاخيرين وغيرهما متى شاء.
خلافا لهما في هدي الاحصار بالحج وللشافعي في الكل. كما تعين الحرم
للكل لا فقيره لصدقته. خلافا للشافعي. وتصدق بجله وخطامه
ولم يعط اجر الجزار منه ولا يركب الا ضرورة. ولا يحلب لبنه و
ينضح ضرعه بالنقاخ. اي بالماء البارد وهذا اذا كان قريبا من وقت
الذبح وان كان بعيدا يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها.
وما عطب او تعيب بفاحش. وهو ما يكون مانعا في الاضحية. في واجب
ابدله وهو له وفي نفله لا شيء عليه ونحر بدنة النفل ان عطبت في الطريق.
اي قربت من الهلاك بدليل قوله نحر. وصبغ نعلها. المراد به قلادتها
بدمه وضرب به صفحة سنامها. اعلاما للناس بانه هدي لياكل منه
الفقير لا الغني **باب القران والتمتع** القران افضل منه وهو

الافراد. وعلى رواية ابن شجاع عنه الافراد افضل من التمتع وقال
الشافعي الافراد افضل منه وهو من القران حكاه الغوراني عنه
وهو قول مالك ذكره في المجموعة على ما اختاره اشهب وقال احمد التمتع
افضل ثم الافراد كذا في التبيين. والقران. هو في اللغة الجمع بين
الشيئين مطلقا وفي عرفهم الجمع بين الحج والعمرة بان يحرم بهما او به
بعد احرامها قبل اداء الاعمال من الحقائق. ان يهل. الاهلال رفع الصوت
بالتلبية. بحج وعمرة. وكونهما معا وكذا من ميقات ليس بشرط فان
في التبيين اشترط الاهلال من الميقات وقع اتفاقا حتى لو احرم بهما
من دويرة اهله او بعد ما خرج من بلده قبل ان يصل الى الميقات جاز
وصار قارنا وهو افضل وكذا لو احرم بهما داخل الميقات او احرم
بعمرة ثم احرم بحجة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط صار قارنا وكذا
لو احرم بالحج ثم احرم بالعمرة قبل ان يطوف له صار قارنا وقد اساء بتقديمه
احرام الحج على احرام العمرة لانها مقدمة فعلا فكذا احراما ولهذا التقدم
في الذكر اذا احرم بهما معا وفي التلبية. ويقول بعد الصلوة. اي الشفع
الذي يصلي مريدا للاحرام. اللهم اني اريد العمرة والحج. قد مر وجه تقديمها
عليه ذكرا. فيسرهما لي وتقبلهما مني وطاف للعمرة سبعة يرمل للثلثة الاول
ويسعى بلا حلق ثم يحج كما مر. القارن يطوف طوافين ويسعى سعيين عندنا
وعند الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا. فان اي يطوفان
متواليين من غير ان يسعى بينهما. وسعيين لهما كره. لانه اخر سعي العمرة

وقدم

وقدم طواف القدوم. وذبح للقران بعد رمي يوم النحر وان عجز صام
ثلثة ايام آخرها عرفة. وسبعة بعد حجه. قد مر انه منهي في ايام التشريق
فالمراد بعد مضيه اين شاء. وعند الشافعي لا يجوز بمكة الا ان ينوي
المقام فيها. فان فاتت الثلثة. اي لم يصمها في الحج. تعين الدم.
وقال الشافعي يصوم بعد ايام التشريق وقال مالك يصوم فيها.
وان وقف قبل العمرة بطلت. اي ان لم يدخل مكة وتوجه الى عرفات
ووقف بها فانه حينئذ يصير رافضا لعمرته بالوقوف خلافا للشافعي
وعليه دم الرفض وقضاؤها لا دم القران. لم يقل وسقط دم القران
لانه لم يجب فان وجوبه بالجمع ولم يوجد والسقوط فرع الثبوت
والتمتع. هو في اللغة من المتاع وهو انتفاع ممتد الوقت ذكره الراغب
وفي العرف. ان يفعل. يعني على وجه الصحة كما هو الظاهر المتبادر
عند الاطلاق. افعال العمرة او اكثرها في اشهر الحج وان يحج من عامه في
سفر واحد. لا بد من ذكر هذين القيدين ومن تركهما لم يصب
من غير ان يلم باهله الماما صحيحا. وهو النزول في وطنه الاصلي من
غير بقاء صفة الاحرام والاحرام من الميقات ليس بشرط للعمرة ولا
للتمتع حتى لو احرم بها من دويرة اهله وغيرها جازت وصار متمتعا
وكذا الحلق او التقصير بعد الفراغ منها ليس بحتم بل له الخيار ان شاء تحلل
وان شاء بقي محرما حتى يحرم بالحج اذا لم يكن ساق الهدي وان ساق لا يتحلل
وقال مالك يحصل التحلل عند فراغه من افعال العمرة ساق الهدي

او لم يسق من غير حلق ولا تقصير كذا في التبيين ويقطع التلبية اول الطواف
يعني للعمرة وقال مالك يقطعها كما وقع بصره على البيت ثم احرم بالحج فيه اشارة
الى انه قد حل من العمرة فيقيم بمكة حلالا ولا بد منه لانه لا يكون متمتعا
الا اذا حج في تلك السنة من الحرم لانه في معنى المكي وقد مر ان ميقات
المكي في الحج الحرم يوم التروية وقبله افضل وحج كالمفرد الا انه يرمل في طواف
الفرض ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج اذ لا يسن في حقه
طواف القدوم بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان بعد ما احرم بالحج
طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى
بعده لانه اتى بذلك مرة وذبح ولم ينب الاضحية عنه فان عجز صام كالقران
وجاز صوم الثلثة بعد احرامها قبل ان يطوف بها وقال الشافعي لا يجوز
قبل الاحرام بالحج لا قبله وتاخيره احب اشهر الحج وقت لصوم الثلثة
لكن بعد تحقق السبب وهو الاحرام وكذا في القران ولكن التاخير
افضل وهو ان يصوم ثلثة متتابعة آخرها عرفة وان اراد السوق
وهو افضل اي من الارسال قبله احرم وساق هديه وهو اولى
من قوده الا اذا كان لا ينقاد فحينئذ يقوده للتعذر وقلد البدنة
وهو اولى من التجليل قال في شرح الطحاوي ما يفعل بالهدي ثلثة اشياء
تقليد وتجليل واشعار فالغنم لا يقلد ولا تجلل ولا يشعر عندنا وقال
الشافعي يقلد الغنم والابل والبقر يقلدان بالاجماع والتقليد سنة والتجليل حسن
وكره الاشعار وهو الشق بالطعن في اسفل السنام قال في الحقائق شعار الا

مكروه عنده وعندهما مباح ويقال سنة ولا مكروه وعند الشافعي سنة
وهو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن في اسفل
السنام وفي التبيين حتى يخرج منه الدم ثم يلطخ به سنامها وفي المبسوط
نقلا عن الطحاوي انما كره ابو حنيفة اصل الاشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه
من الآثار وانما كره اشعار اهل زمانه لانه رآهم يستقصون في
ذلك على وجه يخاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصا في حر الحجاز فراى
الصواب في سد هذا الباب على العام لانهم لا يقفون على الحد فاما من وقف
على ذلك بان قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك من قبل
اليسار قال في التبيين والاحسن ان يشقها من الجانب الايسر عند
ابي يوسف وعند الشافعي من الايمن وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام
والاشبه من قبل الايسر واعتمر ولا يتحلل منها اي من العمرة لان سوق
الهدي يمنعه من التحلل ثم احرم للحج كما مر اي يحرم له يوم التروية وقبله
افضل وحلق يوم النحر الحلق في الحج كالسلام في الصلوة فالتحلل عن الاحرامين
ولذلك قال حل من احراميه وغير الآفاقي من اهل مكة واهل
المواقيت ومن دونها الى مكة ذكره في غاية البيان يفرد فقط اي
لا قران له ولا تمتع خلافا للشافعي ومن اعتمر بلا سوق ثم عاد الى بلده
بعدها اي بعد العمرة بطل تمتعه لانه الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا
وبه يبطل التمتع خلافا للشافعي ومع سوق لا اي لا يبطل تمتعه لعدم صحة
الالمام حينئذ خلافا لمحمد وان طاف اقل اشواطها قبل اشهره واتمها فيها

وحج فقد تمتع خلافا للشافعي وبعكسه اي لو طاف اكثر اشواطها قبل
اشهر الحج لا يكون متمتعا كوفي حل من عمرته فيها اي في اشهر الحج وسكن
بداخل الميقات المعتبر في هذه الصورة عدم التجاوز عن الميقات
لا الاقامة بمكة او الحرم وهذا بالاتفاق اما لا لاهله التمتع اي خرج
بعد فراغه من العمرة الى موضع لاهله التمتع كالبصرة والطائف وسكن فيه
وحج فهو متمتع لان السفر الاول لم ينته برجوعه الى الموضع المذكور فصار كانه
لم يخرج من الميقات وفيه خلاف الامامين على ما ذكره الشيخ ابو جعفر الطحاوي
وانكر الخلاف ابو بكر الرازي وصوب قوله فخر الاسلام وصاحب المختلف
والمنظومة اخذا بقول الطحاوي وحققا الخلاف ولو افسدها ورجع عنها
اي عما سكن فيه وقضاها وحج لا لان حكم السفر الاول لما بقي بالرجوع
عنه صار كانه لم يخرج من مكة ولا تمتع للساكن فيها الا اذا الم باهله
ثم اتى بهما لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول بالالمام فاجتمع
النسكان في سفر واحد واي افسد اتمه اي من اعتمر في اشهر الحج وحج
من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة احرام
ما افسد الا باتمام افعاله بلا دم انما لم يجب دم التمتع عنه لانه لم يترفق باداء
النسكين في سفر

باب الجنايات

الجناية اسم لفعل محرم شرعا وفي
اصطلاح الفقهاء انما تطلق على ما يكون في النفس او الطرف وما كان
في المال فغصب وسرقة او نحوهما ان طيب محرم عضوا او قدره في اعضاء
متفرقة ذكره في شرح الطحاوي او خضب راسه او لحيته بحناء ان كان

مائعا

مائعا يلزمه دم التطيب فقط وان كان ملبدا يلزمه في الاول دم التغطية
ايضا وانما قال بحناء اذ لو كان بالوسمة لا شيء عليه او ادهن بزيت
او خل سواء كان مطبوخا او غير مطبوخ او مطيبا او غير مطيب اي بلغ
عضوا كاملا وقالا يجب عليه الصدقة في غير المطيب والدم في المطيب
وقال الشافعي يجب عليه الدم في الشعر وفي البدن لا شيء عليه وانما
قال بزيت او خل لانه لو ادهن بسمن او شحم او البنه لا شيء عليه بالاتفاق
ذكر في شرح الطحاوي او لبس مخيطا لبسا معتادا انما قيده اذ لو
ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين لا يجب عليه شيء
خلافا لزفر او ستر راسه يوما او حلق ربع راسه او لحيته وعند مالك
لا يجب الا بحلق الكل او محاجمه جمع المحجم اسم مكان من الحجم وهو فعل الحجام
وقالا يجب الصدقة او واحد ابطيه او عانته او رقبته او قص اظفار
يديه ورجليه في مجلس واحد انما قيد به لانه اذ لو كان في مجالس يجب
اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا خلافا لمحمد او يدا او رجلا
او طاف للفرض محدثا او للقدوم او للصدر او للعمرة في الاصح
جنبا والاكثر من هذه الثلثة حكم الكل او اخره اي اخر طواف
الصدر الى اخر ايام التشريق او افاض من العرفة قبل الغروب
قال في شرح مختصر الكرخي اذا غربت الشمس وابطأ الامام بالدفع يجوز
للناس الدفع قبل الامام لان وقت الدفع قد دخل فاذا تأخر الامام فقد ترك
السنة فلا يجوز للناس تركها وفيه خلاف الشافعي او ترك اقل سبع الفرض

ان ترك ثلثة اشواط او اقل من طواف الزيارة وقال الشافعي رحمه
تعالى ما ترك و لا يتحلل حتى يفعله ذكره في شرح الاقطع وبترك اكثره بقي محرما
في حق النساء الى ان يطوف وانما قلنا في حق النساء اذ حل له
كل شيء سوى هن بالحلق او اكثر طواف الصدر او السعي او الوقوف بجمع او الرمي
كله او في يوم واحد او الرمي الاول او اكثره او اخره فان في التبيين
ثم بتأخير رمي كل يوم الى اليوم الثاني يجب الدم عنده مع القضاء خلافا لهما
وان اخره الى الليل و رمي قبل طلوع الفجر من اليوم الثاني فلا شيء عليه بالاجماع
او حلق في حل لحج او العمرة فان الحلق اختص بمنى وهو من الحرم في ايام النحر
واما اذا خرج ايامه فحلق في غير الحرم فعليه دمان عنده وقال محمد يجب
دم واحد لهم في الحج والعمرة وقال زفر ان حلق للحج في ايام النحر فلا شيء
عليه وان حلق بعده فعليه دم وقال ابو يوسف لا شيء عليه فيهما
الا في معتمر رجع من حل ثم قصر اي خرج من الحرم ثم عاد اليه وقصر لا شيء
عليه وانما [illegible] المعتمر لان الحاج ان خرج من الحرم قبل التحلل ثم عاد الى
الحرم يجب عليه الدم او قبل عطف على قوله و حلق في حل لا على قوله قصر
او مس بشهوة انزل اولا او اخر الحلق او طواف الفرض عن ايام النحر لا
لابد من هذا القيد اذ لا شيء في التاخير عنها بعذر الحيض على ما تقدم بيانه
وح لا شيء عليه بهذين التاخيرين وكذا في التقديم الاتي ذكره
او قدم نسكا على اخر كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل
الذبح فعليه دم جواب قوله ان طيب محرم عضوا و يجب دمان على قارن حلق

قبل

قبل ذبحه دم للحلق قبل الذبح ودم للقران وقالا ليس عليه الا دم
القران هذا على وفق ما في الجامع الصغير واما ما في المبسوط لتاخير الذبح
وعندهما دم واحد وهو الاول فيرد عليه انه حينئذ يكون تخصيص القارن
بالذكر لغوا وان طيب اقل من عضو او ستر راسه او لبس مخيطا اقل
من يوم وقال ابو يوسف يجب الدم اذا لبس اكثر اليوم او حلق
اقل من ربع راسه وعند الشافعي لا عبرة للمدة او المقدار يجب الدم
بمطلق اللبس والحلق او قص اقل من خمسة اظفار وعند زفر
للثلثة حكم الكل او خمسة متفرقة من يديه و رجليه وعند محمد يجب فيه الدم
او طاف للقدوم او للصدر محدثا هذا على رواية القدوري واما
على رواية الكرخي فيجب الدم عنده او ترك اقل سبع الصدر او احدى
جمار ثلث هي ما يلي مسجد الخيف وما يليه وما يلي العقبة في يوم بعد النحر
او حلق راس غيره تصدق بنصف صاع من بر وان طيب او حلق او لبس
اي فعل من هذه الاشياء ما يجب به الدم بعذر ذبح اي في الحرم
لما مر ان الذبح كله فيه او تصدق بثلثة اصوع طعام على ستة مساكين
في اي مكان شاء وعند الشافعي لا يجوز الا في الحرم او صام ثلثة
ايام و وطئه ولو ناسيا قبل وقوف فرض يفسد حجه و يمضي و يذبح
وقال الشافعي يجب بدنة ان كان عامدا و يقضي و لم يفترقا اي ليس عليه
ان يفارقها في قضاء ما افسداه وعند مالك يفارقها اذا خرجا من
بيتهما هكذا في عامة الكتب في المنظومة كما تعديا مصرهما الى ان يفرغا

وعند زفر اذا احرما وعند الشافعي اذا بلغا المكان الذي وقفها فيه
وبعد وقوفه لم يفسد وتجب بدنة كما اذا طاف للركن او اكثره جنبا
ثم ان اعاده يسقط البدنة الا انه ان اعاده بعد ايام النحر يجب
الدم للتأخير عنده خلافا لهما وايجاب الدم يتأدى بالغنم الا في هذين
وبعد الحلق شاة وفي عمرته قبل طوافه اربعة يفسد فمضى وذبح وقضى
وبعده اربعة ذبح ولم يفسد وقال الشافعي يفسد في الوجهين وعليه بدنة
وان قتل محرم صيدا ولو مضطرا الى اكله او كان سبيله اي لفعله
بالدلالة عليه لم يقتل او دل عليه قاتله لعدم صحته على اطلاقه فان في الدلالة
والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان
يصدقه في الدلالة وفي مسئلة الدلالة خلاف الشافعي بدءا او عودا
اي سواء كان اول مرة اولا سهوا او عمدا فعليه جزاؤه ولو نسيا
او حماما مسرولا هو ما في رجله ريش كالسراويل وفيه خلاف مالك او سباعا
خلافا للشافعي الا اذا صال فحينئذ لا شيء في قتله خلافا لزفر رحمه الله
وجزاؤه ما تقومه عدلان في مقتله او اقرب مكان منه اي ان لم يكن له
في مقتله قيمة يقوم في اقرب مكان منه يكون له قيمة فيه لكن في السبع لا يزاد
على شاة ثم له ان يشتري به هديا او طعاما ويتصدق على كل مسكين
نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير لا اقل منه اي ليس له ان يطعم مسكينا
واحدا اقل مما قدر وله ان يطعم اكثر تبرعا حتى لا يجب الزيادة من القيمة
كيلا ينقص عدد المساكين او صام عن طعام كل مسكين يوما وان فضل اقل من

طعام مسكين

طعام مسكين وكذا ان كان الواجب ابتداء دون طعام مسكين بان كان قيمته
اقل من نصف صاع تصدق به او صام يوما وهذا اي كون خيار التعيين
للقاتل عندهما وعند محمد للحاكمين وليس له ان يخرج عن حكمهما
ثم ان وقع الاختيار على الهدي القولين اي بتعيين القاتل عندهما
وبتعيينهما عنده فعندهما يعتبر المثل قيمة بلا تفصيل وعنده ان كان للمقتول
نظير من النعم فعليه ان يهدي مثله خلقة كالبدنة في النعامة والبقرة
في حمار الوحش والا يعتبر المثل قيمة كما في الحمام والعصفور من الحقائق
والشافعي يوافق محمدا في التفصيل المذكور الا انه اذا وجبت القيمة
كان الجواب كجوابهما وجواب الشافعي فيه ان يصوم او يتصدق
ولا يذبح عنده لا يكون الا من النظر من النبيين ويجب بجرحه ونتف
شعره وقطع عضوه ما نقص هذا اذا برئ وبقي اثره وان لم يبق له
اثر لا يضمن لزوال الموجب وقال ابو يوسف يلزمه صدقة الالم وبنتف
ريشه وقطع قوائمه وكسر بيضه وان خرج فرخ ميت وذبح الحلال صيد
الحرم قيمته اي قيمة الصيد وحلبه وقطع حشيشه ولو بالرعي خلافا
لابي يوسف في الرعي الا الاذخر وشجره غير منبت ولا مما ينبت
ما ينبت الناس عادة غير مستحق للامن سواء نبت بنفسه او انبت في ما لا ينبت
عادة اذا انبته الناس التحق بما ينبت عادة قيمته اي قيمة المتلف الا ما جف
فانه حطب كل لا انتفاع به وان كان مملوكا فلصاحبه قيمة اخرى ولا
فيها عدم الجفاف بخلاف الاولى منفردة كانت او مجتمعة معها وللصوم

في الاربعة • من ذبح صيد الحرم وحلبه وقطع حشيشه وشجرة لانها غرامة
مالية وليست بكفارة فلا يكون للصوم فيها مدخل من المستصفى وتعتبر
هذا اذا لم يكن ساقطا من نفسه ذكره في غاية البيان • او جرادة
صدقة وان قلت ولا شيء بقتل غراب المراد به الابقع الذي ياكل الجيف
او يخلط واما العقعق ففي قتله الجزاء • وحداءة وعقرب وحية وفارة
وسلحفاة وقراد وبرغوث ونمل وبعوض وذئب وكلب عقور
وله ذبح الشاة والبقر والبعير والدجاج والبط الاهلي المراد به ما يكون
في المساكن والحياض ولا يطير واما الذي يطير فهو صيد يجب الجزاء بقتله •
واكل ما صاده حلال وذبحه بلا دلالة محرم وامره به • وقال مالك والشافعي
ان اصطاده لاجل المحرم لا يحل تناوله • ولو ذبح محرم حرم اكله يعني على
الذابح وغيره وقال الشافعي يحل لغيره ولا اذا احل ذكره في التبيين • ولو اكل
غرم قيمة ما اكل خلافا لهما • لا محرم لم يذبحه • اي لو اكله محرم آخر لم يغرم وبطل
بيع المحرم صيدا وشراؤه لان بيعه حيا تعرض للصيد وبيعه بعد قتله بيع ميتة
من التبيين • ومن دخل الحرم بصيد • اي في يده وانما ترك اعتمادا
على انفهامه من قوله الآتي ذكره او في قفص معه وهو حلال لا بد من
اعتبار هذا القيد ليظهر فائدة قيد الدخول في الحرم فان وجوب الارسال
على المحرم لا يتوقف على دخوله الحرم لانه بمجرد الاحرام يجب عليه ارساله خلافا
لمالك والشافعي ورد بيعه • اي الحلال بيع صيده اذ دخله في الحرم ثم باعه
سواء باعه في الحرم او بعد ما اخرجه لانه صار بالادخال من صيد الحرم

فلا يحل اخراجه بعد ذلك ذكره في التبيين ان بقي اي الصيد في
يد المشتري والا غرم كبيع المحرم صيده من حرام او حلال لا صيدا
في بيته او في قفص معه ان احرم لان الاحرام لا ينافي محافظة الصيد
خلافا للشافعي من ارسل صيدا في يد المحرم ان اخذه حلالا ضمن خلافا لهما
والا فلا فان قتل محرم صيدا في يد مثله فكل يغرم اما القاتل فلانه جنى
على احرامه بقتل الصيد واما الآخر فلانه اتلف معنى الصيد حكما
باثبات يده ومن هنا تبين وجه الحاجة الى زيادة عبارة يد في قوله
في يد مثله ورجع آخذه على قاتله خلافا لزفر وتبقى جزاء صيده له محرما
خلافا للشافعي واتحد في قتل حلالين صيد الحرم لان ذلك جزاء المحل
وهو متعدد وهذا جزاء المحل وهو واحد ولدت ظبية اخرجت
من الحرم وماتا غرمهما اي الظبية والولد وان ادى جزاءها
فولدت لا يغرمه وما به دم على المفرد فعلى القارن به دمان دم لحجته
ودم لعمرته وفيه خلاف للشافعي الا بجواز الميقات غير محرم فانه حينئذ
يلزمه دم واحد خلافا لزفر آفاقي اراد الحج او العمرة وجاوز الميقات
لزمه دم لا دخل في ذلك لوجود الاحرام بعد المجاوزة فلا حاجة الى ذكره
بل لا وجه له اذ يفهم منه الدخل له في الحكم المذكور والمفهوم حجة في الروايات
اتفاقا وانما قال اراد الحج او العمرة لانه لو لم يرد واحدا منهما لا يجب
عليه دم لمجاوزة الميقات وان وجب الحج او العمرة ان اراد دخول مكة
او الحرم على ما مر بيانه فان عاد اي ان جاوز غير محرم من الميقات ثم عاد اليه

فاحرم منه او عاد اليه محرما لم يشرع في نسك ولبى سقط دمه والا فلا اعلم انه ان جاوز الميقات بغير احرام ثم احرم ومضى على حتى اتمه فعليه دم بالاجماع وان عاد الى الميقات ولا فرق بين عوده الى هذا الميقات وميقات آخر في الصحة وان كان الاول اولى وان اعاد التلبية قبل ان يشتغل بافعال الحج يسقط ذلك الدم عنه خلافا لزفر وان عاد الى الميقات محرما ولم يلب لم يسقط عنه الدم عند ابي حنيفة وقالا يسقط ولو لم يعد الى الميقات حتى يشرع في النسك تأكد عليه الدم بحيث لا يسقط عنه وان عاد ولبى فقوله ولم يلب لابد منه في صحة الجواب على قول ابي حنيفة وانما قال ولبى دون ملبيا لان الشرط عنده تجديد التلبية عند الميقات بعد العود اليه نص على ذلك في شرح الطحاوي

لمكي يريد الحج ومتمتع فرغ من عمرة وخرجا من الحرم واحرما انما وجب الدم فيهما لان احرام المكي من الحرم والمتمتع بالعمرة لما دخل مكة واتى بالعمرة صار مكيا فاحرامه من الحرم فيجب عليهما الدم لمجاوزة الميقات بلا احرام ولو جاوزه فاحرم بعمرة وافسد مضى وقضى ولا دم لترك حقه اي حق الميقات لانه يقضيها كاملا باحرام من الميقات فينجبر به ما نقص من حق الميقات بالمجاوزة عنه بغير احرام غير الآفاقي طاف لعمرة الاقل شوطا كان او شوطين او ثلثة فاحرم بالحج رفضه وعليه دم وحج وعمرة اما الدم فلاجل الرفض واما الحج والعمرة فلكان الحج الفائت عنده وقالا احب الينا ان يرفض العمرة ويقضيها ويمضي في الحج لانه لابد من رفض احدهما

وانما قال طاف الاقل لانه ان طاف لها الاكثر ثم احرم بالحج رفضه بلا خلاف على ما ذكر في الهداية وفي المبسوط لا يرفض واحدا منهما لان للاكثر حكم الكل فصار كما لو فرغ منها وعليه دم لمكان النقص بالجمع بينهما ولو اتمهما صح لانه ادى بافعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنه والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف في موضعه وذبح لتمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه ومن احرم بالحج ثم يوم النحر باخر اي احرم بالحج في ثم احرم يوم النحر بحج آخر في العام القابل فان حلق للاول اي قبل الاحرام الثاني لزم الآخر بلا دم والا فمع دم قصر او لا هذا عنده وقالا ان قصر فعليه دم والا فلا شيء عليه ومن اتى بعمرة الا الحلق فاحرم باخرى ذبح لانه جمع بين احرامي العمرة وهو مكروه فلزمه الدم آفاقي احرم به ثم بها لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حقه لكنه اساء حيث اخطأ السنة فانها في حق القارن ان يحرم بهما معا ويقدم احرامها وبطل هي بالوقوف قبل افعالها لا بالتوجه اي الى الوقوف فان طاف له ثم احرم بها فمضى عليهما ذبح لانه اتى بافعال العمرة على افعال الحج وندب رفضها فان رفض قضى واراق لرفضها حج فاهل بعمرة يوم النحر او في ثلثة تليه لزمته لان الجمع بين احرامي الحج والعمرة صحيح ورفضت وقضيت مع دم وان مضى صح ووجب دم فائت الحج اهل به او بها رفضه اي رفض ما احرم به وتحلل بافعال العمرة لان فائت الحج يجب عليه هذا وانما يرفض ما احرم به لان الجمع بين احرامي الحج او احرامي

العمرة غير مشروع وقالا فاتة الحج بقى فى احرامه ولهذا يتحلل عن احرام الحج
باعمال العمرة وقضى ما احرم به لصحة الشروع وذبح للتحلل قبل اوانه
بالرفض **باب الاحصار** هو ان يعرض للرجل ما يحول بينه وبين
الحج من مرض او اسر او عدو ويقال احصر الرجل احصارا فان حبس فى
سجن او دار قيل حصر فهو محصور ذكره القتبى فى تفسيره ان احصر محرم
بعدو او مرض وعند مالك والشافعى لا يثبت حكم الاحصار الا بالعدو
بعث المفرد دما او قيمته حتى يشترى بها هديا فى الحرم ويذبح عنه ذكره
فى الهداية والقارن دمين اراد البعث الى الحرم لان دم الاحصار
يختص به خلافا للشافعى فان عنده يذبح فى موضع احصر فيه وعين
يوما يذبح فيه ولو قبل يوم النحر هذا عنده وقالا ان كان محصرا بالعمرة
فكذا وان كان محصرا بالحج لا يجوز الذبح الا فى يوم النحر على ما مر وبذبحه
من هنا ظهر فائدة تعيين يوم الذبح بلا حلق وتقصير خلافا لابى يوسف
وعليه ان حل من حج حج وعمرة وعند الشافعى عليه حج لا غير ومن عمرة عمرة
الاحصار عنهما يتحقق عندنا خلافا لمالك والشافعى ومن قران حج وعمرتان
واذا زال احصاره وامكنه ادراك الهدى والحج توجه اى وجب
التوجه عليه لاداء الحج وليس له ان يتحلل بالهدى والا فلا اى ان كان
لا يقدر ان يدركهما لا يجب عليه التوجه وذلك على اوجه اما ان لا يدرك
واحدا منهما فيتحلل لفوات المقصود او يدرك الهدى دون الحج فيتحلل
ايضا لانه عجز عن الاصل او يدرك الحج دون الهدى فيجوز له التحلل

استحسانا

استحسانا وهو قول ابى حنيفة والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر
وهذا القسم لا يتصور على قولهما فى الحج لما مر ان دم الاحصار بالحج عندهما
يتوقت بيوم النحر فاذا ادرك الحج يدرك الهدى ضرورة وفى المحصر بالعمرة
يتصور فينبغى ان يكون جوابهما فيه كجوابه كذا فى التبيين ومنع عن
ركنى الحج بمكة احصار وعن احدهما لا لانه ان قدر على الوقوف يتم حجه
فلا يثبت الاحصار وان قدر على الطواف له ان يتحلل به فلا حاجة الى التحلل
بالهدى كفائت الحج ودم الاحصار على الآمر وفى ماله ان كان حج
خلافا لابى يوسف فى الموضعين وانما لم يقل ميتا اذ لا يلزم ان يكون
بامر الميت ودم القران والجناية على الحاج وضمن النفقة ان جامع
قبل وقوفه بخلاف ما اذا فاته الحج لا بعده لحصول المقصود بخلاف
الاول وان مات اى الحاج عن ميت فى الطريق او سرقت نفقته يحج
عن منزل الميت لم يقل عن منزل الآمر لما عرفت انه لا يلزم ان يكون
بامره وقالا يحج من حيث انقطع سفر الاول فقوله لا من حيث انتهى الاول
رد لقولهما بثلث ما بقى ان كان بوصية يعنى لزوم الحج عن منزل الميت
بثلث ما بقى من ماله على تقدير ان يكون الحج عنه بوصية منه ثم ان
ما ذكر قوله وقال ابو يوسف بما بقى من الثلث الاول وقال محمد بما بقى
من المال المدفوع اليه ان بقى شئ والا بطلت الوصية من حج فاحج صح
ويقع عنه ان دام عجزه الى موته ونوى الحج عنه شرط العجز للحج الفرض
لا للنفل فان فيه يجوز الانابة مع القدرة لان مبنى النوافل على السعة

ومن حج عن آمريه وقع عنه وضمن مالهما ولا يجعله عن احدهما لانه
قد وقع عن نفسه فلا يقدر على جعله لغيره وله ذلك ان حج عن ابويه
اي له ان يجعله عن احدهما بعد ذلك لانه غير مامور بالحج عنهما ومن حج
عن غيره بغير امره لا يكون حاجا عنه بل يكون جاعلا ثواب حجه له
ونيته عنهما لغو لان الحجة الواحدة لا تكون عن اثنين فبقي له اصل
الحج وهو سبب للثواب فله ان يجعله لاحدهما او لهما من التبيين
نذر حجا ماشيا مشى حتى يطوف الفرض لم يذكر من اين يبتدئ المشي قيل
يمشي من الميقات والاصح انه يمشي من بيته لانه هو المراد في العرف
وهو الملك كذا في التبيين وفي المبسوط خيره بين الركوب والمشي
وفي الجامع الصغير اشار الى وجوب المشي حيث قال لا يركب حتى يطوف
طواف الزيارة وان اوصى بحج احج عنه راكبا من منزله ان بلغ نفقته
ذلك والا فمن حيث يبلغ وان مات حاج في طريقه اوصى بالحج عنه
يحج من منزله وقالا يحج من حيث مات وهذا الخلاف فيمن له وطن واما
من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع ذكره في التبيين **كتاب
النكاح** هو حقيقة في الوطئ ومجاز في العقد لغة ذكره المطرزي
والازهري وشرعا ذكره قاضي خان وقال السرخسي في اصوله ان لفظ
النكاح حقيقة في الوطئ ومجاز في العقد عندنا وعند الخصم حقيقة في العقد
فان قلت فما وجه قوله هو عقد قلت هو على عرف الفقهاء فان لفظ
النكاح حقيقة في العقد في عرفهم نص عليه صاحب المجتبى موضوع لملك المتعة

وهو عبارة عن معنى يقتضي حل الاستمتاع والوطئ والبيع والهبة ايضا
قد يفيدان ملك المتعة الا انهما غير موضوعين له ولهذا يصحان في محل
لا يحل الاستمتاع بخلاف النكاح ينعقد بايجاب وقبول لفظهما ماض
كزوجت فلانة لفلان الواحد يتولى طرفي النكاح في صور كثيرة يأتي
بيانها وكتزوجت هذا اذا سبق التوكيل من احدهما بقوله زوجني
او ماضيان كزوجت وتزوجت او مستقبل وماض كاتزوجك وتزوجتك
ذكر في الاصل لو قال اتزوجك بكذا فقالت قبلت تم النكاح وامر
وماض كزوجني وتزوجت اعلم ان قوله زوجني يحتمل التوكيل وحينئذ
يكون القول المذكور شرطا للعقد لا شطرا له ويكون انعقاد النكاح
بقول الآخر زوجت وحده وهو المراد مما ذكر سابقا بقوله و
كتزوجت ويحتمل الايجاب وحينئذ يكون القول المذكور شطر العقد ههنا
ويكون الانعقاد به وبقول الآخر زوجت جميعا وهو المراد
وهذا من المواضع التي وفقت بتحصيلها وتفصيلها وان لم اعلمها معناه
هذا اذا لم يكن احد اللفظين مستقبلا او امرا مرادا به الايجاب
اذ حينئذ لا بد من نية العقد وذلك لا يكون بدون العلم ثم ان في
اصطلاح المشايخ ذكره في التجنيس مع هو لعدم الرواية فيه عن اصحابنا على
ما فهم من الخانية والفتوى على ما ذكر نص عليه في النصاب وقولهما داد و
پذيرفت بعد دادي وپذيرفتي ايجاب وقبول لمكان العرف
فان جواب مثل هذا الكلام قد يذكر بالميم وبدونه كخواست وخريدني

في البيع لا بقولهما مأذون وشهيم لان النكاح اثبات وهذا اظهار
والاظهار غير الاثبات ذكره في التجنيس وقال في مختارات النوازل
هو المختار وانما لم يقل عند الشهود لان الكلام ههنا فيما ينعقد به النكاح
وما لا ينعقد به لا في شروطه فانها امر آخر وراء ذلك ويصح بلفظ
نكاح بلا خلاف كما يصح بلفظ تزويج على ما علم فيما سبق من الآية وتمليك
وهبة خلافا للشافعي في الكل وله انها من الفاظ الطلاق حتى يقع الطلاق
بقوله وهبتك لاهلك ولا يكون موجبا لضده ولنا قوله تعالى وامرأة
مؤمنة ان وهبت نفسها الآية وما كان مشروعا في حق النبي عليه السلام
يكون مشروعا في حق امته هو الاصل حتى يقوم دليل الخصوص وهو
منتف ههنا وقوله تعالى خالصة لك من دون المؤمنين لا يصلح دليلا
لان الاختصاص والخلوص في سقوط المهر لانها مقابلة بمن اوفى
مهرها ولانه معلل بنفي الحرج وهو في لزوم المهر لا في التزويج ولان المنة
التي سيق الكلام لاجلها انما تحصل بنفي المهر لا باقامة لفظ مقام لفظ
ويحتمل ان يكون الخلوص في انها لا تحل لاحد بعده عم وصدقة
لفظ الصدقة ليس بموضوع لملك العين ولهذا يصح التصدق حيث
لا يوجد تمليك العين كالوقف كما قيل ويصح بلفظ نكاح وتزويج
وما وضع لتمليك العين حالا لا يصلح ضابطا وبيع وشراء هو الصحيح
لا بلفظ اجارة عند عامة مشايخنا وحكي عن الكرخي انه ينعقد به وانما
لم يقل واستئجارة وقد قال بعقد بيع وشراء لان موضوعها بطنهم المروية

عنهم

عنهم ان ينعقد به النكاح قال الامام السرخسي في شرح الكافي صورة
الانعقاد بلفظ الاجارة ان يقول آجرت ابنتي منك ونوى به
النكاح اما اذا جعل الحرة اجرة في الاجارة بان قال استأجرت داري
بابنتي هذه فقيل ينبغي ان ينعقد النكاح لانه روي عن محمد انه قال
كل لفظ يملك الرقاب ينعقد به النكاح وهذا كذلك واعارة
حكي عن الكرخي انه ينعقد النكاح به والصحيح انه لا ينعقد به واليه
ذهب الرازي ووصية هذا عند عامة مشايخنا وحكي عن الطحاوي
انه ينعقد به مطلقا وعن الكرخي انه ينعقد به ان قيدت بالحال ذكره
في البدايع وشرط سماع كل منهما اي من العاقدين سواء كانا زوجين
او غيرهما لفظ الآخر ذكر هذا الشرط في التحفة ولم يذكر في عامة الكتب
بل ذكر في بعضها ما يدل على انه ليس بشرط قال في مختارات النوازل رجل
بعث كتابا يخطبها فقالت المرأة بمحضر من الشهود زوجت نفسي منه
لا يصح النكاح لان سماع الشهود كلام العاقدين شرط حتى لو قرأت
على الشهود ثم قالت اشهدوا اني قد زوجت نفسي منه يصح لانه قد سمعوا
كلام الخاطب باسماعها اياهم قراءة وحضور حرين حضور الشاهدين
عند العقد شرط الصحة عندنا خلافا لمالك فان الشرط عنده الاعلان
ولو بحضور المجانين والصبيان ذكره في الحقائق او حر وحرتين فلا
يشترط الذكورة عندنا خلافا للشافعي مكلفين مسلمين سامعين
معا لفظهما فلا يصح ان سمعا متفرقين وان كانا حاضرين معا

قال في التجنيس رجل زوج ابنته من رجل بمحضر من رجلين فسمع احدهما
ولم يسمع الآخر ثم اعاد فسمع الآخر ولم يسمع الاول فهذا فاسد لان
كل واحد من الشاهدين لم يحضره سماع الشاهدين ولو فاسقين او محدودين
في قذف خلافا للشافعي والاصل عندنا ان كل من ملك قبول النكاح
بنفسه ينعقد النكاح بحضوره فيدخل فيه الفاسق والمحدود وتخرج الصبي
والمجنون والعبد او اعميين اوابني او الزوجين او ابني احدهما
لا حاجة الى قوله من الآخر لاغنائه بالمقابلة ولا الى قوله لكن لا يثبت
بهما ان ادعاه القريب لانه مسئلة الشهادة وقد ذكرت بجنسها
في موضعها وصح نكاح مسلم ذمية عند ذميين خلافا لمحمد وزفر امر رجلا
ان ينكح صغيرته فانكح عند فرد ان حضر الآمر صح لان التوكيل في النكاح معتبر
ومعتبر فاذا كان الآمر حاضرا يجعل مباشرا لاتحاد المجلس فيبقى المزوج
شاهدا كنكاح بالغة جازه عند فرد غير المنكح فيجعل البالغة عاقدة
والمنكح شاهدا والا فلا لان المجلس يختلف فلا يمكن ان يجعل الآمر مباشرا
او حرم على المرأ اصله وفرعه واخته وفرعها وفرع اخيه عدل في الموضعين
عن عبارة البنت الواقعة في الكتب الى عبارة الفرع واخته وعمته وخالته
وفرع موطوئة سواء كانت مملوكة باحد الملكين او لا فلا حاجة الى اعمال مزنيته
وللشافعي خلاف في المزنية ثم انه كما اصاب في تغيير عبارة البنت الى عبارة
الفرع كذلك اصاب في العدول عن عبارة الزوجة الى عبارة الموطوءة
وممسوسته وماسته وناظرة الى ذكره ومنظورة الى فرجها الداخل هو الصحيح

وعليه الفتوى وللشافعي خلاف في ثبوت حرمة المصاهرة بالمس والنظر ذكره
في التجنيس بشهوة قيد للنظر والمس جميعا الا ان وجودها من احدهما
يكفي ولذلك اطلقها ثم ان عدم الانزال شرط حتى لو انزل عند المس او النظر
لا يثبت به حرمة المصاهرة اذ حينئذ لا يبقى مفضيا الى الوطي لانقضاء
الشهوة وهذا هو الصحيح قال الصدر الشهيد في باب الصوم من شرح الجامع الصغير
وعليه الفتوى وحد الشهوة المعتبرة في الموضعين ان ينتشر الآلة او يزداد
انتشارا هو الصحيح قال في الخلاصة وبه يفتى وفي الشيخ والعنين ان يتحرك قلبه
بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك وان كان متحركا ان يزداد حركة
وفي النساء لا يكون الا هذا واما مجرد اشتهاء القلب فلا يعتبر هذا ما ذكره
القمي عن اصحابنا وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي ايضا واصلهن وابل
زوجته موطوءة كانت او غير موطوءة وزوجة اصله وفرعه وكل هذه
رضاعا بعضها وهو فرع الاخت وفرع الاخ وفرع الولد يشمل عدة اقسام
وما عداه منحصر في قسم واحد وعند الشافعي لا تحرم لبن الفحل وما دون
تسع سنين ليست بمشتهاة وبه يفتى اما بنت تسع سنين فقد تكون
مشتهاة وقد لا تكون وهذا يختلف بعظم الجثة وصغرها والجمع نكاحا
او نكاحا وعدة ولو من باين او وطيا بملك يمين او نكاحا ووطيا بملك
يمين او عدة ووطيا بملك يمين سواء كانت العدة عدة المنكوحة او عدة
ام الولد بين امراتين ايتهما فرضت ذكرا لا تحل له الاخرى يعني بالنكاح نص
عليه في الهداية قوله ايتهما فرضت يشير الى ان الشرط ان لا يتصور جواز تزوج
احدهما بالآخر على كلا التقديرين حتى لو جاز الجمع بينهما على احد التقديرين

دون الآخر كما في المرأة وبنت زوجها جاز الجمع بينهما خلافاً لزفر
ابداً لا بد من هذا القيد وقد اهمله القوم للاحتراز عن الجمع بين امة وسيدتها
فانها لو فرضت الامة ذكراً لم يجز له نكاح سيدتها وكذا العكس ومع ذلك
يجوز ان يتزوج امة ثم سيدتها نص عليه في الجامع والزيادات وعلم ان
المراد من حرمة الجمع ان يكون مؤبدة وهذه الحرمة موقتة تزول بزوال
ملك اليمين فان تزوج اخت امته وطئها لا يطأ واحدة حتى يحرم
بالتخفيف عليه احديهما بزوال ملكه ولو عن بعضها كما اذا باع نصفها
او بزوال حل استمتاعه بها كما اذا كاتبها او زوجها هذا في الامة او بوقوع
الفرقة بينهما باي سبب كان هذا في اختها ثم ان دواعي الوطي في منزلته
حتى لو قبلتها بشهوة لا يجوز ان يجامع واحدة منهما ولا ان يستمتعها حتى
يحرم احديهما عليه ذكره في التجنيس وان تزوجها بعقدين متعاقبين
انما قال بعقدين متعاقبين اذ لو تزوجهما بعقد واحد او بعقدين
معاً يبطل نكاحهما فلا يجب شيء من المهر ولم يدر الاول هذا اولى من قولهم
ونسي الاول فتأمل فرق بينهما وبينه لان نكاح احديهما باطل بيقين
ولا طريق الى التعيين ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما فقط
ولم يدر من هو فنصف بينهما وانما وجب النصف لوقوع الفرقة قبل الوطي
لا من قبلها وهذا اذا كان مهراهما متساويين وهو مسمى في العقد وكانت
الفرقة قبل الدخول وان كانا مختلفين يقضي لكل واحدة منهما بربع مهرها
وان لم يكن مسمى في العقد تجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وان
كانت الفرقة بعد الدخول يجب لكل واحدة منهما المهر كاملاً لانه استقر بالدخول

فلا يسقط منه شيء وكل ما ذكرنا من الاحكام بين الاختين فهو الحكم بين
من لا يجوز جمعه من المحارم لا بين امرأة وبنت زوجها لان المرأة وان
كانت تحرم على بنت الزوج على تقدير كونها ذكراً لكن البنت لا تحرم
على المرأة على تقدير كونها ذكراً وصح نكاح الكتابية ومنهم الصابئة عدل
عما وقع في كتب القوم من التفصيل لما فيه من مظنة الاستدراك كما لا يخفى
خلافاً لهما فالا تزوج الصابئات كتزوج المجوسيات وبه اخذ الطحاوي
وقال الكرخي لا خلاف بينهم في المعنى وانما اجاب ابو حنيفة عن قول ينتحلون
الى دين المسيح عليه السلام ويقرأون الانجيل وهؤلاء حكمهم كحكم النصارى وان
اختلفوا في بعض الاشياء وقالا في ان مناكحتهم جائزة وهما اجابا عن
قوم يكونون بناحية حران يعبدون الاوثان والكواكب ولا ينتحلون
الى دين المسيح عليه السلام ولا خلاف في ان مناكحة هؤلاء لا يجوز
فاذا لا خلاف كذا في شرح التكملة ونكاح المحرم والمحرمة خلافاً للشافعي
والامة المسلمة والكتابية ولو مع طول الحرة اي القدرة على مهرها
ونفقتها وللشافعي خلاف في الامة الكتابية بناء على مفهوم الوصف وفي
الامة المسلمة عند طول الحرة بناء على مفهوم الشرط وكلا المفهومين ليس بحجة
عندنا على ان الكلام على تقدير حجية المفهوم عدم اباحة نكاحها ويجوز
ان يكون ذلك لكراهته لا لعدم صحته ونحن لا ننازع فيها صرح به في شرح
التكملة والحرة على الامة واربع من حرائر واماء فحسب وقال الشافعي
لا يتزوج الا امة واحدة وللعبد نصفها خلافاً لمالك فانه في حق النكاح

٨٨

بمنزلة الطاهر عنده وحبلى من زنى خلافا لابى يوسف ولا توطأ حتى تضع
خلافا للشافعى وموطوءة سيدها او زان لا يجب على الزوج الاستبراء واما
على المولى فالظاهر من الهداية حيث قال الا ان عليه ان يستبرئها
ان يجب عليه الاستبراء الا انه صرح فى فتاوى الولوالجى بان ذلك استحبابا
لا وجوبا ومن ضمت الى محرم نكاحها لم يقل الى محرمة لعدم انتظامها امة
بخلاف ما ذكر والمسمى لها عنده وقالا قسم على مهر مثلهما فما اصاب لها
لزمه وما اصاب الآخر يسقط لا نكاح امته وسيدته اى حرم على المولى
نكاح امته وحرم على العبد نكاح سيدته للاجماع على بطلانه الا ان فعلى هذا
الاحتياط فى عدم تزوج مشتريته لظهور الملك فيشكل فعلهم لو اشترى امة
يتزوجها احتياطا الا انا نقول لو صح الملك فى صورة التزوج لكان الحرام الذى
ارتكبه فعل التزوج وله عذر وهو التحرز عن الزنا ولو لم يصح الملك فى صورة
عدم التزوج لكان الحرام الذى ارتكبه فعل الزنا ولا عذر له اذ ليس ترك
التزوج لانه حرام وعلى تقدير ان يكون تركه اياه لحرمته فحرمة الزنا
اشد منها فالاحتياط فى التزوج لا فى تركه كما لا يخفى والمجوسية والوثنية
يفهم منها حكم عابدة كوكب بطريق الدلالة وخامسة فى عدة رابعة
للحر وثالثة فى عدة ثانية للعبد وفيه خلاف الشافعى وامة على حرة ويجوز
ذلك عند مالك برضاء الحرة وعند الشافعى اذا كان الزوج عبدا
او فى عدتها خلافا لهما فيما اذا كان العدة من طلاق باين وحامل ثبت
نسب حملها ولو كانت مسبية او مستولدة انما قال ولو كانت مسبية

لان كونها مسبية مظنة لان لا يثبت نسب ولدها انما قال
او مستولدة لان ما مر من صحة نكاح موطوءة السيد منشاء لان
يتوهم صحة نكاحها حال حملها منه ايضا ومن توهم ان كونها موطوءة
سيدها يوجب صحة نكاحها فمع ذلك بطل نكاحها باعتبار ثبوت
حملها فقد وهم ونكاح المتعة خلافا لمالك وصورته ان يقول
اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال فتقبلته ولا حاجة الى ان يقال
خذى هذا المال والموقت خلافا لزفر وصورته ان يقول تزوجتك
بكذا الى شهر وهو متعة معنى **باب الولى والكفو** نفذ نكاح
حرة مكلفة بلا ولى اعلم ان الحرة العاقلة البالغة ثيبا كانت او بكرا
اذا تزوجت نفسها بلا ولى فعند ابى حنيفة وزفر ينعقد النكاح وينفذ
خلافا للشافعى ومالك فى الانعقاد فان النكاح لا ينعقد بعبارة
النساء عندهما وعند محمد فى النفاذ فانه ينعقد عنده موقوفا على اجازة
الولى سواء كان الزوج كفوا او لم يكن ومعنى كونه موقوفا انه لا يجوز له
وطؤها قبل الاجازة ولا يقع الطلاق ولا يتوارث احدهما من الآخر
ويروى رجوعه الى قول ابى حنيفة وابو يوسف كان يقول انه لا ينعقد
الا بولى اذا كان لها ولى ثم رجع وقال ان كان الزوج كفوا لها
جاز والا فلا ثم رجع وقال جاز سواء كان الزوج كفوا لها او لم يكن
هذا على ما ذكره السرخسى فى شرح الكافى وقال ابو جعفر الطحاوى فى شرح الآثار
لا يجوز النكاح الا بولى على مذهب ابى يوسف ومحمد وجعل هذا القول

عن ابي يوسف قول المرجوع اليه على خلاف ما ذكره السرخسي وهو اقدم
من السرخسي واعلم بمذاهب اصحابنا ويوافق ما ذكره الكرخي في مختصره
ولو من غير كفو النكاح من غير كفو ينعقد وينفذ عند ابي حنيفة في ظاهر
الرواية الا انه لا يلزم وعنه عبر بقوله وله اي للولي حق الاعتراض دفعا
اي على تعذر بعدم الكفاءة في التزوج دفعا لضرر العار والتفريق
الى القاضي كما في خيار البلوغ وما لم يفرق فاحكام النكاح ثابتة ضرورة
انه ثابت والطلاق يتصرف في النكاح والقاضي يفسخ اصل النكاح
فلا يكون طلاقا ذكره في مختارات النوازل وروى الحسن اي
عن ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف ايضا ويروى
رجوع محمد الى قولهما عدم جوازه لان كم من واقع لا يرفع وعليه
الفتوى ذكره صاحب الهداية في مختارات النوازل وصاحب الخلاصة
وقاضي خان لانه اقرب الى الاحتياط وللمجبر ولي بالغة ولو بكرا
خلافا للشافعي عملا ان ولاية الاجبار عندنا تدور مع الصغر
وجودا وعدما في الصغير والصغيرة وعند الشافعي في الصغير كذلك
فانها تدور مع البكارة وجودا وعدما وفي الكبير والكبيرة تدور مع
الجنون وجودا سواء كان اصليا بان بلغ مجنونا او عارضيا
بان طرأ بعد البلوغ عند اصحابنا الثلثة وقال زفر اذا طرأ الجنون
لم يجز للولي التزويج ثم ان لكل ولي ولاية الاجبار عند ابي حنيفة
خلافا لهما في غير العصبات وللشافعي في غير الاب والجد ومالك في غير الاب

وسكوتها

وسكوتها عبارة السكوت خير من الصمت لدلالتها على القدرة
على التكلم دون الصمت وهي معتبرة ههنا وضحكها غير مستهزئة
لان الضحك ادل على الرضا من السكوت الا انه اذا كان على وجه
الاستهزاء لا يكون رضا وبكاؤها بلا صوت اذن ومعه رد
وعليه الفتوى ذكره في الذخيرة عند استيذانه او بلوغ الخبر بشرط
تسمية الزوج على وجه يقع لها به المعرفة لا المهر فهو الصحيح قالوا
ويشترط ان يكون الزوج كفوا والمهر وافرا فان عدما او عدم
احدهما لم يكن سكوتها عند الاستيمار رضا الا في حق الاب والجد
في قول ابي حنيفة لان عنده الاب والجد ولي في هذا القيد وعندهما
بمنزلة الاجنبي فيه كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان والصدر الشهيد
والمخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة خلافا لهما
ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا ولو استاذن غير ولي اجنبيا
كان او قريبا لا ولاية له لكونه كافرا او عبدا او مكاتبا او من غيره
اولى منه بعيدا كان ذلك الولي او ابعد فلا يكون سكوتها رضا
كالثيب لم يقل ورضاها بالقول كالثيب لان رضاها ورضى الثيب
كما يكون بالقول يكون بالفعل نحو التمكين من نفسها واخذ
المهر والنفقة ذكره في البدايع والزائل بكارتها بوثبة او حيض
او جراحة او تعنيس او زنا بكر حكما فلها الحكم المذكور للبكر وقالا
اذا زالت بكارتها بالزنا لا يكون لها حكم البكر وهو قول

الشافعي ايضا وقولها رددت اي النكاح عند الاستيذان او بلوغ
الخبر اولى من قوله سكتت لان الزوج يدعي عليها لزوم العقد وهي
تنكر والقول للمنكر وفيه خلاف لزفر وتقبل بينته على سكوتها لانه نور
دعواه بالحجة كذا قالوا وفيه خفاء وانما الخفاء في وجه قبول البينة
على السكوت وهو امر عدمي على ما نص عليه قاضي خان في شرح الجامع الصغير
وعلل به في ترجيح بينتها على الرد على بينته على السكوت عند قيامهما
معا ولا تحلف هي ان لم يقم خلافا لهما فانه تحلف عندهما في النكاح
ولا تحلف عنده على ما سيأتي في كتاب الدعوى وللولي انكاح الصغير
والصغيرة ولو ثيبا خلافا للشافعي وقدم التفصيل فيه ثم ان كان
هو الاب او الجد عند عدم الاب او عدم ولايته لزم ولو بغبن فاحش
او بغير كفو اشار الى ذلك اي الى لزوم العقد بغبن فاحش او بغير
كفو اذا كان العاقد ابا او جدا صاحب الهداية بقوله جاز ذلك
عليهما وصرح به صاحب البدائع حيث قال واما انكاح الاب والجد الصغير
والصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط اللزوم عند ابي حنيفة كما انها
ليست بشرط الجواز عنده انتهى وفيما ذكر خلاف لهما ولو كان الزوج
غيرهما اي غير الاب والجد لا يصح اي النكاح ان كان من غير كفو او بغبن فاحش
ومن وهم انه يصح ولكن يثبت حق الفسخ فقد وهم والا اي
ان كان من كفو بلا غبن فاحش فلهما الخيار اي يصح النكاح ولكن لا يلزم
هذا عندهما خلافا لابي يوسف وانما لم يقل فلهما فسخه لان الفسخ بحكم القاضي

على ما سيأتي حين بلغا عالما بالنكاح او حين علما به بعده اي بعد البلوغ
ان يبلغا عالما به فان العلم بالنكاح شرط وسكوت البكر رضا هنا
ايضا لان سكوت البكر جعل رضا في ثبوت اصل النكاح فلان يجعل
رضا في ثبوت وصف اللزوم اولى ولا يمتد خيارها الى آخر المجلس
لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فيبطل بالرضا وسكوتها
دليل الرضا وان جهلت به اي بالخيار شرط العلم باصل النكاح لانها
لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم
بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة الاحكام والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل
بخلاف المعتقة فان خيارها ثابت باثبات المولى وهو الاعتاق
فيعتبر فيه المجلس فيمتد الى آخره كما في خيار المخيرة ثم انها تعذر بالجهل
بثبوت الخيار لان الامة لا تتفرغ لمعرفة الاحكام وخيار الغلام والثيب
لا يبطل بالسكوت لعدم كونه دليل الرضا في حقهما انما لم يقل لا يبطل
بلا رضا صريح او دلالة لانه مشترك بينهما وبين البكر لما عرفت
ان بطلان خيار البكر بالسكوت لدلالته على الرضا ولا بالقيام عن
المجلس لان سبب خيار البلوغ عدم الرضا فيبقى ما لم يوجد الرضا
كخيار العيب وخيار الاجازة في عقد الفضولي ولا دلالة في القيام
على الرضا وبطلانه عند قيام البكر لا لان القيام دليل الرضا بل لان
السكوت المقارن له دليل الرضا وشرط القضاء للفسخ من بلغ فلا ينفسخ
العقد ما لم يقض به القاضي حتى لو مات احدهما قبل القضاء ورثه الآخر

على ما سيأتي بخلاف ما لو كان النكاح بعد البلوغ فرد حيث يبطل برده
لان ثمة اصل العقد موقوف فيبطل برد من توقف على اجازته وههنا
العقد كان نافذا فلا يبطل بمجرد الرد ما لم يتأكد بالقضاء لان خيار البلوغ
مختلف فيه وسببه باطن خفي وهو قصور شفقة الولي فكان
الرد ابطالا لحق الآخر فلا ينفرد به ثم انه لما كان خيار البلوغ شاملا
للذكر والانثى ذكر الفعل تغليبا له عليها بخلاف خيار العتق فانه مخصوص
بالانثى ولذلك انث الفعل فيه حيث قال لا من عتقت اي لا
فان المعتقة اذا اختارت الفرقة بخيار العتق يبطل النكاح ولا يتوقف
على قضاء القاضي ووجه الفرقة ان خيار العتق اذا كان الزوج عبدا
متفق منصوص عليه وسبب هذا الخيار ظاهر وهو زيادة الملك
عليها فكما تنفرد بدفع اصل الملك بعد الحرية حتى لا يجوز النكاح بدون
رضاها كذلك تنفرد بدفع الزيادة الا انها لا تملك بدفع الزيادة
الا بدفع ما كان ثابتا لان النكاح لو بقي بعد عتقها لا يزول الا بثلث
تطليقات فملكت رفع ما كان ثابتا ضمنا لدفع الزيادة قصدا
فان قيل ان المرأة ان كانت دافعة للزيادة فهي مبطلة حق الزوج
فاذا ترجح جانب المرأة قلنا ان الزوج رضي بهذا الضرر حيث تزوج
الامة باختياره كما لو تزوج صغيرة زوجها غير الاب والجد واما المرأة
فلم ترض بهذا الضرر لانها لا اختيار لها في النكاح وان مات احدهما
قبل التفريق بلغ من له خيار البلوغ او لا ورثه الآخر لتوقف زوال

النكاح الذي هو سبب الارث على قضاء القاضي والولي مطلقا
انما قال مطلقا كيلا يتوهم ان المراد ولي الصغير والصغيرة خاصة
بقرينة سبق ذكره العصبة نسبية كانت او سببية فان مولى العتاقة
وعصبته من جملة العصبات المتقدمة على الام وذوي الارحام
ذكره في الذخيرة وعند الشافعي لا ولاية لغير الاب والجد ذكره في شرح
الطحاوي على ترتيب الارث والحجب يعني اولا ثم الابن وابن
الابن وان سفل ولكن لا يتصور هذا الا في المعتوه والمعتوهة
ثم الاب واب الاب وان علا هذا عنده خلافا لابن الهمام في المعتوه
ولمحمد خاصة في المعتوهة والتفصيل يطلب من الحقائق ثم الاخوة
الا الاخ من الام ثم بنيه وان سفلوا ثم الاعمام الا العم من الام
ثم بنيه وان سفلوا ثم اعمام الجد كذلك الترجيح فالراجح في الترجيح
بقوة القرابة فيقدم الاعياني على العلاتي ثم مولى العتاقة يستوي
فيه الذكر والانثى ثم عصبته وانما زاد قوله والحجب لان ترتيب
ارث وحده لا يقدم الابن على الاب بل هو جب ان يقدم الاب
ضرورة انهما اذا اجتمعا يأخذ الاب فرضه اولا ثم يأخذ الابن الباقي
منه واما اذا اعتبر معه ترتيب الحجب يقدم الابن لانه يحجب الاب
حجب نقصان ضرورة انه يأخذ معه اقل مما يأخذه منفردا عنه
ولدقة هذا الاعتبار قد خفي وجه تلك الزيادة على كثير من ذوي
الاختيار فاسقطوها بشرط التكليف واهلية الارث فلا ولاية

مع الاختلاف في الملة لم يقل واسلام في ولد مسلم دون كافر اذ لا دلالة
على ان الاسلام مانع عن ولاية الكافر ثم الام قال في الذخيرة ثم الام
ثم ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وهذا قول ابي حنيفة خلافا لمحمد
وقول ابي يوسف مضطرب ذكر الطحاوي قوله مع ابي حنيفة وذكر الكرخي
والقدوري قوله مع محمد والاصح انه مع ابي حنيفة ثم مولى الموالاة ثم
السلطان ثم القاضي ثم ذو الرحم الاقرب فالاقرب قال في الخلاصة نقلا
عن شرح الشافي الاقرب من ذوي الارحام الام ثم البنت ثم بنت الابن
ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم الاخت لاب وام ثم لاب ثم لام ثم
لاولادهن ثم العمات ثم الاخوال ثم الخالات ثم بنات الاعمام والجد الفاسد
اولى من الاخت عند ابي حنيفة ثم قال ونعني بما ذكر في الشافي ان
الام مقدمة على الاخت انتهى ومن هنا تبين ان المراد من ذي الرحم
ههنا غير المراد منه في الفرائض وان من قال ثم الام ثم الاخت لاب
وام لم يصب ثم مولى الموالاة لانه وارث مؤخر عن ذوي الارحام
فكذا في الولاية وليس من شرائطه ان لا يكون له وارث نعم هو شرط
لكون مولى الموالاة وارثا ووليا واذا عدم اي المولى فالولاية
الى الامام لم يقل ثم الامام لانه ليس من الاولياء وبنوبه القاضي
ونائبه فلا ولاية للقاضي في تزويج الصغار الذين لا ولي لهم بغير اذن
من السلطان وللبعيد التزويج بغيبة القريب مالم ينتظر الى مدة
لم ينتظر الكفو الخاطب الخبر عنه اعلم ان للبعيد ولاية التزويج عند غيبة القريب

غيبة منقطعة وحدها عند زفر ان يغيب بحيث لا يعرف مكانه كالقطاع
خبره ولعلها تنافيه اقاويل اصحها ان لا ينتظر الكفو الخاطب مجي الخبر
وعليه الفتوى كذا في الحقائق وفي التجنيس واختار اكثر المشايخ
الشهر لانه اعدل الاقاويل والصحيح ثلثة ايام وهو مسيرة سفر
وبه يفتي وفي الواقعات واختار اكثر المشايخ الشهر وهو مروي عن
ابي يوسف ومحمد ويعتبر الكفاءة في النكاح نسبا قدم بيان ثمرة
هذا الاعتبار فقريش اسم قبيلة وهم اولاد نضر بن كنانة بعضهم كفو
لبعض ولا تأثير لفضل نسب بني هاشم ههنا وكذا سائر العرب
اي ما عدا قريش بقرينة المقابلة بعضهم كفو لبعض الا في باهلة فانهم
لخساستهم لا يكونون كفوا لعامة العرب ذكره في الهداية والاعتبار
المذكور مخصوص بالعرب لان العجم ضيعوا انسابهم ولذلك قال
وفي العجم اسلاما فمسلم بنفسه غير كفو لذي اب فيه ولا ذو اب لذي ابوين
فيه وانما ذو ابوين فيه كفو لذي آباء فيه لان له في الاسلام
نسبا صحيحا فان اصل النسب في التعريف الى الاب وتمامه الجد فلا يشترط
اكثر من ذلك وحرية هذا ايضا في حق العجم فانهم كانوا يفتخرون بها
دون النسب فليس عبدا ومعتق كفوا للحرة الاصلية ولا معتق
ابوه كفوا لذي ابوين حرين وديانة هذا يعم الفريقين عند الشيخين
هو الصحيح فليس فاسق كفوا لابنة صالح وان لم يعلن هذا اختيار
الشيخ الامام ابي بكر محمد بن ابي الفضل وما لا فالعاجز عن المهر المعجل

والنفقة ليس كفؤاً لاحد ولو كانت فقيرة والقادر عليهما كفؤ لذات
اموال عظيمة وهو الصحيح لان المال غادٍ ورائح فلا عبرة للكثرة وحرفة
عن كل من اصحابنا فيه روايتان اظهر روايتي ابي حنيفة انه لا تعتبر
الكفاءة في الحرف واظهر روايتي ابي يوسف ومحمد انه يعتبر فمن
الحائك فحائك او حجام او كناس او دباغ ليس كفؤا لعطار او بزاز
او صراف وبه يفتى ان نكحت باقل من مهرها اي مهر مثلها فللولي
الاعتراض عليها حتى يتم او يفرق وقالا لا اعتراض عليها لان المهر
حقها ولهذا كان لها ان تهبه فلان تنقصه اولى وله ان المهر
الى عشرة دراهم حق الشرع فلا يجوز التنقيص منه شرعا والى مهر مثلها
حق الاولياء لانهم يعتبرون بذلك فلهم مخاصمتها الى تمامه وللاستيفاء
حقها فان ثبت قبضته واثباته وهبته ووقف نكاح
فضولي من احد الجانبين او فضوليين من الجانبين على الاجازة
اي اجازة من له الحق وتولى طرفي النكاح اي الايجاب والقبول
واحد فتقوم عبارة الواحد مقام العبارتين على ما عرفت فيما سبق
ليس بفضولي من جانب اعلم ان الواحد اذا كان وكيلا منهما او قال ل
زوجها اياه كان كافيا وهو اقسام اما ان يكون اصيلا ووليا
او اصيلا ووكيلا او وليا من الجانبين او وكيلا من الجانبين او وليا
من جانب ووكيلا من آخر ولا يجوز ان يكون فضوليا كما اذا كان
اصيلا وفضوليا او وليا من جانب وفضوليا من آخر او وكيلا من

جانب وفضوليا من آخر او فضوليا من الجانبين والمأمور بنكاح امرأة
مخالف بنكاحهما فلا يلزم له نكاح واحدة منهما ان عقد بهما بعقد واحد
ويلزم نكاح الاولى دون الثانية ان عقد بهما بعقدين وانما قلنا
لا يلزم له دون لا يصح لانه صحيح انعقد موقوفا حتى له ان يجيز نكاحهما
او نكاح احديهما ايتهما شاء وانما لم ينعقد عليه لعدم رضاه فقول
صاحب الهداية فتعين التفريق ليس بذاك لا بنكاح امة لآمرها
والمراد بها امة الغير لانه اذا زوجت امة نفسه لا ينعقد عليه اتفاقا
لانه متهم فيه ولا فرق بين ان يكون الآمر اميرا وغيره **باب المهر**
اقله عشرة دراهم مضروبة كانت او غير مضروبة كنصاب السرقة
وقال الشافعي كل ما يجوز اخذ العوض عنه يصلح مهرا فتعليم القرآن وطلاق
امرأة اخرى والعفو عن القصاص يصلح مهرا عنده لا عندنا فتجب هي
وان سمي دونها وقال زفر التسمية فاسدة ولها مهر مثلها في
المسمى ان سمي فوقها بعد وطئ او خلوة صحت وسيأتي تفسيرها
او موت احدهما ونصفه بطلاق قبل ذلك اي قبل وطئ وخلوة
صحيحة هذا الحكم غير مخصوص بالطلاق بل يعم الفرقة من قبل الزوج بسبب
محظور كالردة والاباء عن الاسلام وتقبيل ابنتها بشهوة ذكره
في شرح الطحاوي والمثال الثاني على قول ابي يوسف وصح النكاح
بلا ذكر مهر ومع نفيه وخمر وخنزير وهذا الدن من الخل فهو خمر وهذا
العبد فهو حر وبثوب ودابة لم يبين جنسهما ولم يبالغ في وصفه

اى فى وصف الثوب وبتعليم القرآن وبخدمة الزوج الحر لها سنة
احترز بقيد الحر عن العبد لما سيجئ انه اذا كان عبدا يصح ويجب
وفى تزوج بنته منه على تزوج بنته او اخته منه معا وضته بالعقد
اى حال كون التزوج بعوضا لهذا العقد بذلك العقد وذلك
العقد بهذا ولزمه مهر مثلها فى الجميع عند وطئ او خلوة او موت
احدهما ومتعة لا تزيد على نصفه اى نصف مهر المثل ولا تنقص من
خمسة اى خمسة دراهم ويعتبر بحاله فى الصحيح خلافا للكرخى فانه قال
يعتبر بحالها فهى درع وخمار وملحفة بطلاق قبل وطئ وخلوة فيها
اى فى الصور المذكورة بعد قوله وصح النكاح وفى خدمة الزوج
العبد لها هى اى تجب الخدمة فى النكاح بخدمة الزوج العبد لها ومفوضة
بكسر الواو هى التى اذنت وليها بالتزويج بلا مهر وبفتحها هى التى
فوضها وليها ان يزوجها بلا مهر ما تراضيا عليه او فرض لها بان
رافعته الى القاضى ففرض لها مهرا فان لها ان ترافعه الى القاضى
ذكره التمرتاشى ان وطئت او خلت او مات والمتعة ان طلقت
قبل وطئ وخلوة ولا خلاف للشافعى ذكره فى الحقائق وما زيد على المهر
يجب خلافا لزفر وهو قول الشافعى ويسقط بالطلاق قبله اى قبل
الوطئ حقيقة او حكما لو زاد مهرا بعد المسمى ففى حال التأكيد يتأكد وفى
حال التنصيف لا يتنصف بل يتنصف الاصل وصح حطها عنه اى حط
المرأة عن الزوج المهر كلا او بعضا وانما حذفه لدلالة على هذا التعميم

وخلوة بلا مانع وطئ حسا او شرعا او طبعا كالمرض سواء كان
فى الزوج او فى الزوجة انما لم يقل يمنع الوطئ لانفهامه مما سبق
وهذا نظير المانع الحسى وصوم رمضان واحرام لفرض او نفل وحيض
ونفاس هذا نظير المانع الشرعى وثالث عاقل هذا نظير المانع
الطبيعى ذكره فى البدايع ومن اورد الحيض والنفاس مثالا
للمانع الطبيعى فلم يصب اذ المناسب للفصل بين الموانع باو اظهارا
لكفاية كل منهما منفردا عن الآخر فى المنع ايراد مثال لا يوجد فيه
الا مانع طبيعى تؤكده اى المهر واعلم ان المراد بالخلوة اجتماعهما
بحيث لا يكون معهما عاقل وشرط صحتها ان لا يكون مانع من الوطئ
حسا او شرعا او طبعا وعدم علم الزوج بانها امرأته من الموانع
الشرعية اذ حينئذ يمنع عنه لحكم الشرع والايمان عن اطلاع الغير عليهما
غير معتبر فى مفهوم الخلوة وانما هو شرط لصحتها على ما نبهت عليه فيما
تقدم كخلوة مجبوب اى عنين او خصى او صائم قضاء فى الاصح ونذر
فى رواية قال فى التبيين والصحيح انه لا يمنع صحة الخلوة لعدم
وجوب الكفارة بالافساد ومع احدى الخمس المتقدمة لا وخلوة
كالصوم فرضا ونفلا وتجب العدة فى الكل اى فى جميع ما ذكر
وان لم تصح الخلوة فى بعضها احتياطا الا اذا فسدت الخلوة بالعجز
عن الجماع حقيقة ذكره قاضى خان فى الجامع الصغير وتجب المتعة
المطلقة لم توطأ ولم يسم لها مهر ويستحب لمن سواها الا لمن سمى لها

وطلقت قبل وطي هذا على اختيار القدوري ذكره في شرح مختصر الكرخي
ويوافقه ما في التحفة الا انه مخالف لما في المبسوط والمحيط فانه صرح فيهما
بالاستحباب في حق المستثناة ايضا وذكر في بعض شروح القدوري
انها اربعة واجبة كما تقدم اراد به المتعة لمطلقة لم توطأ ولم يسم
لها مهر ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة
وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمي لها مهرا والرابعة ليست بواجبة
ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمي لها مهرا
لان نصف المهر قام في حقهن مقام المتعة وان قبضت الفا ثم وهبت
له وطلقت قبل وطي حقيقة كان او حكما رجع بنصفه لانه يجب
عليها ان ترده نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ولم يصل اليه بالهبة
عين ما يستحقه لان الالف درهما كان او دينارا لا يتعين في العقد
فكذا في الفسخ لان الفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد وكذا اذا
كان المهر مكيلا او موزونا آخر في الذمة لعدم تعينهما وان لم تقبض
او قبضت نصفه ثم وهبت الكل او ما بقي او وهبت عرض المهر قبل
قبضه او بعده لا اي لا يرجع عليها بشيء وانما لا يجب عليها شيء في
الصورة الاولى لان حكم الدخول قبل الطلاق ان يسلم له نصف المهر
وقد حصل والمرأة لم تأخذ شيئا لترده اليه بخلاف المسئلة السابقة
واما انه لا يجب عليها شيء في الصورة الثانية والثالثة والرابعة فلما ذكرنا
واما انه لا يجب في الصورة الخامسة فلانها وهبت العرض له فتعين قبل

قبض المهر

قبض المهر لان العروض متعينة وان نكح بالف على ان لا يخرجها
او لا يتزوج عليها او بالف ان اقام بها وبالفين ان اخرجها
فان وفى في الاول واقام في الثاني فلها الالف عند ائمتنا الثلثة
خلافا لزفر والا فمهر مثلها هذا قوله فان الشرط الاول صحيح عنده
دون الثاني وقالا الشرطان صحيحان وقال زفر كلاهما فاسدان
لكن في الثاني لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف لاتفاقهما
على ان لا يزيد المهر على الفين ولا ينقص عن الف وان نكح بهذا
او بهذا اي نكح باحد الشيئين واحدهما اكثر قيمة من الآخر
فلها مهر المثل ان كان بينهما والاخس لو دونه والاعلى لو فوقه
فعلم منه حكم المساواة بطريق الدلالة ولو طلقت قبل وطي
فنصف الاخس اجماعا الا ان يكون نصفه اقل من المتعة
فحينئذ يكون لها المتعة ذكره قاضي خان في فتاواه وان نكح
بهذين العبدين واحدهما حر فلها العبد فقط ان ساوى عشرة
يعني من الدراهم وان شرط البكارة ووجدها ثيبا لزم الكل وصح
امهار فرس وثوب هروي بالغ في وصفه او لا ومكيل وموزون
بين جنسه لا صفته وجب الوسط وخير بينه وبين قيمته وان
بين جنس المكيل والموزون ووصفه فذاك ولا يجب شيء
بلا وطي في عقد فاسد وان خلا اراد الخلوة العرفية اذ لا
احتمال للشرعية مع فساد العقد وان وطي فمهر المثل لا يزاد على مسمى

اي ان كان مهر المثل مساويا للمسمى او اقل فمهر المثل واجب وان كان
اكثر فلا تجب الزيادة ويثبت النسب ان وجد اقل مدة الحمل ومدته
من دخوله عند محمد وبه يفتى وعندهما يعتبر من وقت النكاح ومهر مثلها
مهر مثلها شرع في بيان مهر المثل فاحد المكررين مبتداء والمراد منه اللغوي
من قوم ابيها في بلدها وقت العقد سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا
وبكارة وضدها فان لم يوجد منهم فمن الاجانب لا مهر امها وخالتها
الا اذا كانت من قوم ابيها بان كانت امها بنت عم ابيها مثلا وصح
ضمان وليها مهرها ولو صغيرة لان حقوق العقد هنا راجعة الى
الاصل والولي سفير ومعبر فباعتبار الضمان لا يكون مطالبا فلا يلزم ان
يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا بخلاف البيع وتطالب
ايا شاءت ترك المسئلة القائلة ولو ادى رجع على الزوج ان ضمن
بامره والا فلا لانها من مسائل الكفالة وتعلق بابها ولها منعه
من الوطي والسفر بها والنفقة لا تسقط به اي بذلك المنع لانه بحق
ولو بعد وطي برضاها خلافا لهما لهما ان المعقود عليه كله قد صار
مسلما اليه بالوطأة الواحدة وكذا بالخلوة فلم يبق لها حق المنع وله
ان كل وطأة معقود عليها فتسليم البعض لا يوجب تسليم الباقي قبل اخذ
ما بين تعجيله الظرف متعلق بقوله ولها منعه كلا او بعضا المعجل
دشت بماني والموجل يسمى كابين كردني او قدر ما يعجل لمثلها من مثل
مهرها عرفا غير مقدر بالربع والخمس ان لم يبين اختاره الفقيه ابو الليث

وعليه الفتوى ذكره في الخلاصة لان المعروف كالمشروط وان شرط
تعجيل الكل في العقد وجب التعجيل لان النص بدلالة العرف انما لم يعتبر اذا
لم يوجد التصريح بخلافه والسفر والخروج للحاجة وزيادة اهلها بلا اذنه
قبل قبضه اي قبل قبض المعجل لا بعده ولا لها المنع لقبض الكل اي ان
لم يبين المعجل والموجل وهذا التصريح بما علم بطريق المفهوم من قوله او
قدر ما يعجل الى قوله ان لم يبين وفائدة التنبيه بقوله في المختار على ان
المختلف فيه اختار المتاخرون هذا بناء على المتعارف وان كان
اصل المذهب ان لها المنع لاخذ الكل اذا لم يبين قدر المعجل والموجل
لانه مال واجب بالعقد والاجل في امثاله الحلول ولا لو اجل كله او جعل
الكل موجلا ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي في فتاواه انه لا يصح هذا ال
تاويله اذ جعل موجلا الى وقت الطلاق او الى وقت الموت وبعضهم
قالوا يصح وهو الصحيح كذا في الخلاصة وله السفر بها بعد ادائه اي
اداء ما بين تعجيله او قدر ما يعجل بمثلها في ظاهر الرواية وقيل لا وافتى
الفقيه ابو الليث ومحمد بن سلمة على ما حكى عنه ابو جعفر الهندواني
وهو اختيار ابي القاسم الصفار ومن بعده وله ذلك اي نقلها
فيما دون مدته اي مدة السفر وان اختلفا في المهر ففي اصله يحكم مهر المثل
اي اختلفا فقال احدهما لم يسم مهر وقال الآخر قد سمي فان اقام البينة
تقبل بينته وان لم يقم فالقول قول المنكر مع يمينه فان نكل ثبت
التسمية وان حلف يجب مهر المثل بالاتفاق من اصحابنا وهو المراد

من قوله اجماعا ومن وهم ان التحليف مبنيا على اصل ابي حنيفة فقد وهم
لانه لا ينكر الاستحلاف في المهر على ما يأتي في كتاب الدعوى وفي قدره
حال قيام النكاح القول اي مع اليمين لمن شهد له مهر المثل تحكيم
مهر المثل ليس لايجابه بل لمعرفة من يشهد له الظاهر واي اقام بينة
قبلت شهد له مهر المثل او لها قبولها منه في الاولى لدفع اليمين لا
على من شهد له الظاهر وهي تقبل لدفعه وفي الثانية لاثبات الحط من
مهر المثل ومنها لاثبات الزيادة في الاولى ولدفع اليمين في الثانية
او لم يشهد لواحد منهما وهذا ظاهر وان اقاما فبينتها ان شهد له
وبينته ان شهد لها لان البينات شرعت لاثبات ما هو خلاف
الظاهر واليمين شرع لابقاء الاصل على حاله والاصل في النكاح ان يكون
بمهر المثل فالذي يدعي خلاف ذلك فبينته اولى وان لم يشهد لواحد
منهما بان يكون اكثر مما يدعيه الزوج واقل مما تدعيه المرأة تحالفا
في الصحيح لاستوائهما في الدعوى والاثبات ثم يجب مهر المثل كله
ويتخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير وان لم يسم اصلا اي ان
لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا فايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان لم
يحلفا يجب مهر المثل بعضه وهو قدر ما اقر به الزوج على انه مسمى لاتفاقهما
عليه وبعضه وهو الزائد بحكم مهر المثل وفي الطلاق قبل الوطي
حكم متعة المثل فان كانت متساوية لنصف ما يدعيه الرجل او اقل منه
فالقول له وان كانت متساوية لنصف ما تدعيه المرأة او اكثر منه

فالقول

فالقول لها واي اقام بينة قبلت شهدت له او لها وان اقاما
فبينتها ان شهدت له وبينته ان شهدت لها وان كانت بينهما
فعلى ما مر اي في تحكيم مهر المثل وتجب متعة المثل فيما تجب مهر المثل ثمه
وموت احدهما كحيوتهما في الحكم وبعد موتهما في القدر القول اي
مع اليمين لورثته ولا يستثنى القليل المنكر عنده خلافا لابي يوسف
وعند محمد يحكم مهر المثل كذا في الخانية وفي اصله لم يقض بشيء لان موتهما
يدل على انقراض اقرانهما فمهر من يقدر القاضي مهر المثل ولا بد
عليك ان كلا من مقامي كلام محل نظر فتدبر وقال الفضلي يقضى بمهر المثل
وبه يفتى وان بعث اليها شيئا فقالت هو هدية وقال هو مهر
فالقول له اي مع اليمين وان حلف والمبعوث قائم فلها ان ترده
وترجع بما بقي من المهر ذكره في التجنيس الا فيما تهيأ للاكل كالخبز
واللحم المشوي قال الفقيه ابو الليث المختار انه ينظر ان كان من
متاع البيت سوى ما يجب على الزوج فالقول له وان كان من متاع
كان واجبا عليه كالخمار والدرع ومتاع الليل فليس له ان يحتسب
من المهر لان الظاهر يكذبه ان نكح ذمي ذمية او حربي حربية
اي في دار الحرب بميتة او بلا مهر يحمل نفي المهر والسكوت وذا جائز
في دينهم اي الحال ان النكاح على ميتة وبلا مهر جائز عندهم بحيث
لا يجب شيء وانما اعتبر هذا القيد لانه ان لم يجز في دينهم النكاح
على ميتة او بلا مهر على الوجه المذكور لا يكون الحكم ما ذكر فوطئت

او طلقت قبله ان مات فلا مهر لها وان نكحها بخمر او خنزير بعين ثم اسلما
او اسلم احدهما فلها ذلك وفي غير عين فقيمة الخمر فيها ومهر المثل في الخنزير
لان الخمر عندهم مثلي كالخل عندنا ولا يحل اخذها فايجاب القيمة فيها
يكون اعراضا عنها واما الخنزير فمن ذوات القيم عندهم كالشاة عندنا
فايجاب القيمة فيه لا يكون اعراضا عنه فيجب مهر المثل تحقيقا لمعنى الاعراض

باب نكاح الرقيق والكافر نكاح القن والمكاتب والمدبر لم يذكر
الامة لاندراجها تحت القن وام الولد بلا اذن السيد موقوف
ان اجاز نفذ وان رد بطل وان نكحوا بالاذن فالمهر عليهم ويباع القن
فيه كما في دين التجارة لا الاخران اي المكاتب والمدبر بل يسعيان
فيؤدي من كسبهما وقوله اي قول المولى لواحد منهم تزوج بغير اذنه
طلقها رجعية اجازة لان الطلاق الرجعي يقتضي سبق النكاح
لا طلقها او فارقها لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا وهو
اليق بحال العبد المتمرد واذنه لعبده بالنكاح يعم جائزه وفاسده
خلافا لهما فيباع بمهر من نكحها فاسدا بعد اذنه فوطئها ولو نكحها
ثانيا اي لو نكحها نكاحا ثانيا او اخرى بعدما نكحها صحيحا وقف
على الاجازة لانتهاء الاجازة بذلك اي بالنكاح الفاسد ولو زوج
عبده المأذون المديون صح وساوت غرماءه في مهرها غير متجاوز
عن مهر مثلها وفي القدر المتجاوز عن مهر مثلها لا تزاحمهم بل تأخذه
بعد استيفائهم حقوقهم ان بقي المال وانما لم يتعلق في مهر مثلها اذ يحتمل

ان يكون المسمى اقل منه ومن زوج امته لا يجب عليه تبوئتها وهي
ان يخلي بينها وبينه ولا يستخدمها كذا فسرها الخصاف في شرح
كتاب النفقات ولم يعتبر فيه كون التخلية في منزله وتخدمه و
الزوج يطأها ان ظفر بها لكن ولا سكنى الا بها اي لا يجب واحد منهما
على الزوج الا بالتبوئة وان بواها ثم رجع صح اي الرجوع وسقطت
اي النفقة بالرجوع ولو خدمته بلا استخدامه لا اي ان خدمت
المولى بلا استخدامه بعد التبوئة لا يسقط النفقة عن الزوج واعلم
ان التبوئة المسندة الى المولى هو المصطلح المار تفسيره لا اللغوي
فلا وجه لما قيل ان اسنادها باعتبار انه تمكن الزوج من ذلك
وله انكاح عبده وامته جبرا اريد بالاجبار انه لو باشر النكاح بغير
رضاهما ينفذ والحرة قتلت نفسها قبل الوطئ لها المهر لا لانها لا تخلف
شيئا يكمل المهر لانه تعليل بالعدم وهو غير مقبول بل لان جناية المرء
على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها
لا المولى امته قتلها قبله اي قبل الوطئ لانه منع المبدل قبل التسليم
فيجازى بمنع البدل وما قيل لانه عجل بالقتل اخذ المهر فيجازى
بالحرمان لا يصلح وجها لانه مشترك بين قتلها قبل الوطئ وقتلها
بعده فلا يصح التمسك في مقام الفرق بينهما وانما قال قبله لان
بعد الوطئ المهر واجب وزوج الامة يعزل باذن سيدها لانه يخل
بحق المولى وهو حصول الولد الذي هو ملكه فيشترط رضاه وجبر

امة ومكاتبة عتقت تحت حر او عبد لان الخيار لازدياد الملك
عليها وهذا المعنى لا يختلف بكونه حرا او عبدا ولانه عليه السلام قال لبريرة
ملكت بضعك فاختاري فجعل عليه السلام علة الخيار ملكها بضعها
فلا نشتغل بالتعليل بعد تعليل صاحب الشرع والشافعي يخالف فيما
اذا كانت تحت الحر على ان الطلاق يعتبر عنده بالرجال فلا يوجد علة
الخيار وهي ازدياد الملك والحديث المذكور حجة عليه امة نكحت
بلا اذن فعتقت نفذ ولم تخير لا لانها قد رضيت لان موجبه ان
لا يكون للمكاتبة ايضا خيار وقد مر ان لها ذلك بل لان النفوذ
بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق
وما سمي للسيد وان زاد على مهر مثلها لو وطئت فعتقت وان
او لا اي قبل الوطي فلها ومن وطئ امة ابنه والاب حر مكلف مسلم
انما قال هذا لانه لو كان عبدا او مكاتبا او مجنونا او كافرا لا تصح دعوة
فولدت وادعاه ثبت نسبه ان كانت الامة في ملك الابن من
وقت العلوق الى حين الدعوة وصارت ام ولد وعليه قيمتها لا عقرها
لا يشترط في ذلك دعوى الشبهة ولا تصديق الابن لان له ولاية
تملك مال ابنه عند الحاجة الى ابقاء نفسه فكذا له ان يتملكه عند الحاجة
الى ابقاء نسله لكن الاولى اشد من الثانية فلهذا يتملك الطعام بغير شيء
والجارية بالقيمة ويحل له تناول الطعام عند الحاجة ولا يحل له الوطي
فلاجل الحاجة جاز له التملك وللقصور ههنا اوجبنا عليه القيمة صيانة

المال للولد مع حصول مقصود الاب اذ ملكه محترم وزواله ببدل كلا
زوال فراعينا فيها الحقين ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد
شرطا له اذ المصحح له حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب
فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقدمه فتبين انه وطئ
ملك نفسه فلذلك لا يجب عليه العقر وانما اطنبنا الكلام في هذا
المقام لانه من مزال الاقدام ومضال الافهام ولابيه ولد ما
لانه انعلق حرا لتقدم الملك عليه والجد فيه اي في الحكم المذكور
كالاب عند عدم ولايته سواء كان ذلك بموته او رقه او جنونه
او كفره ويشترط ان يثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت
الدعوة وان نكحها اي ان نكح امة الابن صح ولم تصر ام ولده
وتجب مهرها لا قيمتها وولدها حر بقرابته اي بقرابة الابن فان
الامة ملكه ويتبعها الولد فيعتق على اخيه وفسد نكاح حرة قالت
لسيد زوجها اعتقه عني بالف ففعل وسقط المهر وعليها للمولى
الالف خلافا لزفر فانه قال لا يفسد النكاح لعدم الملك اصلا لان
العتق يقع عن الامر عند ائمتنا الثلثة وعند زفر يقع عن المامور
لان هذا كلام خرج باطلا لان طلب الاعتاق من غير المالك لغو
اذ لا اعتاق فيما لا يملكه ابن آدم فيقع العتق عن المامور ولائمتنا الثلثة
انها امرته باعتاق عبده عنها ولا يتصور ذلك الا بتقدم ملكها
فيه فيقدر تقدمه اقتضاء فلما ثبت الملك اقتضاء فسد النكاح

فان قلت ان القبول لم يوجد وهو ركن البيع فلا يصح بدونه فلا يثبت
الملك قلت انما لا يصح البيع بدون الايجاب والقبول اذا ثبت
مقصودا كما اذا قال الآمر بع عبدك مني بالف درهم واعتقه عني
فقال المامور بعت واعتقت حيث لا يقع عن الآمر اما اذا ثبت
ضمنا وتبعا فانه يثبت بلا انعقاد ركنه فان قلت الشرائط الاصلية
لا يثبت بطريق الاقتضاء كالاهلية والملك شرط اصلي للاعتاق فلا يثبت
اقتضاء ولهذا لو قال لعبده كفر عن يمينك بالمال او قال له تزوج
اربعا لا يثبت الحرية اقتضاء قلت كون العبد مملوكا في ذاته شرط
اصلي للاعتاق لا يوجد بدونه اما كونه مملوكا للآمر فهو امر زائد
فجاز ثبوته بطريق الاقتضاء فان قلت ان الشيء اذا ثبت
للضرورة يتقدر بقدرها فوجب ان لا يظهر في حق فسخ النكاح قلت
الشيء اذا ثبت يثبت بلوازمه وبطلان ملك النكاح من لوازم
ثبوت ملك اليمين بحيث لا ينفك عنه والولاء لها لانه عتق عليها
ويقع عن كفارتها ان نوت به اي نوت الكفارة بذلك الاعتاق
وان قالت ذلك بلا بدل اي قالت اعتقه عني ولم تقل بالف
لم يفسد والولاء له اي للسيد هذا عندهما وقال ابو يوسف هذا
والاول سواء لان الملك يثبت شرطا للاعتاق كما في الاول
الا ان القبض وان كان شرط التبرع اذا كان قصدا سقط لثبوته
ضمنا كما ان القبول ركن البيع فيما ثبت قصدا وقد سقط فيما ثبت

ضمنا

ضمنا والشرط احق بالسقوط من الركن لانه دونه ولهما ان
القبض فعل فلا يدخل في ضمن القول وانما يدخل في ضمنه الحكمي لا الحسي
وقياسه على القبول الحسي باطل لانه يحتمل السقوط كما في صورة
التعاطي والقبض الحسي في الهبة لا يحتمل السقوط بحال فان اسلم
المتزوجان بلا شهود او في عدة كافر معتقدين ذلك اقرا عليه
وان اسلم الزوجان المحرمان فرق بينهما والطفل مسلم ان كان احد
ابويه مسلما او اسلم احدهما هذا اذا لم يختلف الدار او كان الطفل في
دار الاسلام واسلم الوالد في دار الحرب وفي العكس لا يتبعه ولده
وكتابي ان بين مجوسي وكتابي لان المجوسي شر من الكتابي فكونه
كتابيا انظر له وفي اسلام زوج المجوسية او امراة الكافر مجوسيا
كان او كتابيا يعرض الاسلام على الآخر فان اسلم فهو له والا فرق
ولا فرق بين ان يكون المصر صبيا مميزا او بالغا لان ردته كانت
معتبرة فكذا اباؤه وهو اي التفريق طلاق ولو كان الزوج صغيرا
او ابى لا لو ابت لان الطلاق لا يكون من النساء ولها مهرها
اي في ابائها الا للموطوءة لم يذكر حكم المهر في اباءة اكتفاء ببيان
كونه طلاقا فانه قد علم حكم مهر المطلقة ولو كان ذلك اي اسلام
زوج المجوسية او امراة الكافر في دارهم لم تبن حتى تحيض
ثلثا او تمضي ثلثة اشهر اي ان لم تحض قبل اسلام الآخر ولو اسلم
زوج الكتابية فهي له وتباين بتباين الدارين لا بالسبي

خلافا للشافعي فان سبب الفرقة عنده السبي دون تباين الدارين
فلو خرج احدهما الينا مسلما او خرج مسبيا بانت وان سبيا معا لا
ومن ما جرت الينا مسلمة او ذمية وكذا اذا اسلمت في دار الاسلام
او صارت ذمية بانت بلا عدة الحربية اذا خرجت الينا مهاجرة
بانت من زوجها بالاجماع ولا عدة عليها عنده خلافا لهما
وهذا طلاق يتحقق في الحامل والحايل في وجوب العدة وعدم وجوبها
اما انه هل يجوز نكاح الحامل عنده مع عدم العدة ففي ظاهر الرواية لا يجوز
ذكره في الحقائق نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام وارتداد كل منهما فسخ
عاجل وبعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة
حسما لباب المعصية وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن يجبر على
النكاح لزوجها الاول بعد الاسلام لان المقصود يحصل بذلك
ومشايخ بخارا كانوا على هذا ثم للموطوءة كل مهرها سواء كانت الردة
منها او منه ولغيرها نصفه لو ارتد ولا شيء لو ارتدت وبقي النكاح
ان ارتدا معا ثم اسلما معا ويفسد ان اسلم احدهما قبل الآخر باب
القسم بفتح القاف وسكون السين مصدر قسمت الشيء فالقسم
وبالكسر واحد الاقسام يجب العدل فيه والبكر والثيب والجديدة
والعتيقة والمسلمة والكتابية سواء وللامة والمكاتبة وام الولد والمدبرة
نصف الحرة ولا قسم في السفر يسافر بمن شاء والقرعة اولى عندنا وعند
الشافعي تجب وان تركت قسمها لضرتها صح وان رجعت جاز كتاب الرضاع

بكسر الراء وفتحها هو لغة مص اللبن من الثدي وشرعا مص الرضيع
من ثدي لا حاجة الى قيد الآدمية في وقت مخصوص وينبغي ان
يزاد وما في معناه ليشمل صورة الاستعاط وغير ذلك يثبت بمصه
وما في معناه في حولين ونصف هذا عنده وعندهما مدته حولان
وعند زفر ثلثة احوال لا بعده امومة المرضعة للرضيع وابوة من
له اللبن له اي للرضيع فيحرم منه ما يحرم من النسب الا ام شقيقه
اخا كان او اختا لان امه من النسب تكون امه او موطوءة ابيه
وكل منهما حرام ولا كذلك من الرضاع وهي شاملة لثلث صور لا يخفى
على المتأمل هذا ما قالوا وعندي لا حاجة الى الاستثناء بل لا وجه
له لان ما لا يحرم من الرضاع في الصورة المستثناة لا يحرم من النسب
ايضا والحرمة الموجودة فيها انما هي من جهة المصاهرة لا من جهة النسب
ولذلك ورد ذلك الكلية في الحديث بلا استثناء واخت ولده
اخت الولد من النسب اما البنت واما بنت الموطوءة ولا كذلك من
الرضاع لقائل ان يقول في الحصر نظر فان اخت الولد من النسب يجوز ان
لا يكون واحدة منهما كما اذا كانت ثابتة النسب من اثنين صورته
ان يدعي الشريكان ولد الامة المشتركة فانه حينئذ يكون بنت
كل واحد منهما اخت ولد الآخر وليست بنته ولا بنت موطوءته
وجدة ولده وهي ام نفسه او ام موطوءته ولا كذلك من الرضاع وام شقيق
اصله ابا كان ذلك الاصل او اما ويشمل هذا ام عمه وام عمته وام خالة

وام خالته وام هو لا جدته او موطوءة جده الصحيح او جده الفاسد
ولا كذلك من الرضاع وتمشي الصور الثلث في جميع ما ذكر للرجل
اي هذه النساء المذكورات لا تحرم للرجل اذا كانت من الرضاع
تحل اخت شقيقه رضاعا كما تحل نسبا كاخ من اب له اخت من امه
تحل لاخيه من ابيه ورضيعا ثدي كاخ واخت اراد التشبيه في الحكم
وكذلك لم يحل كاخوين وهذا قد علم مما سبق من قوله فتحرم منه ما تحرم
من النسب الا انه ذكر توطئة لما ذكر بعده لا انثار بلبن شاة
وحكم خلط لبنها بماء او دواء او لبن اخرى او لبن شاة بالغلبة
قال في الغاية ولم يذكروا الحكم فيما اذا كانا متساويين وينبغي ان
يثبت الحرمة احتياطا ولانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا ومتساوه
الفعل قال في المنتقى فسر الغلبة في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف
فقال اذا جعل في لبن المرأة دواء فغير لونه ولم يغير طعمه وعلى العكس
فاوجر صبي حرم وان غير اللون والطعم ولم يوجد فيه طعم اللبن
وذهب لونه لم يحرم وفسر الغلبة في رواية الوليد عن محمد فقال اذا
لم يغيره الدواء من ان يكون لبنا يثبت به الحرمة وبطعام الحل اي
حكم خلط لبنها بالطعام الحل كما في لبن رجل اذا مص صبي لبن رجل لا تثبت
به الرضاع واحتقان صبي بلبنها وحرم بلبن البكر والميت وان ر
اي مرأة رجل فرضعتها رضيعة حرمتا عليه اي على ذلك الرجل والمهر للكبيرة
ان لم توطأ وللرضيعة نصفه ان كان لها مسمى او نصف المتعة ان

لم يكن لها مسمى ورجع الزوج به على المرضعة ان قصدت الفساد والا فلا
والله اعلم **كتاب الطلاق** هو رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح
الاصل فيه عندنا الحظر والاباحة للحاجة وعند الشافعي الاصل فيه الاباحة
فان قيل انه مأمور به فانى يكون محظورا قلنا الامر به لا ينفي الحظر
فان المحظور قد يرخص بصيغة الامر حتى لا يقع في محظور فوقه كالامر بالحنث
في اليمين سنية من حيث العدد احسن وهو طلقة فقط في طهر لا وطي فيه
لم يقل احد بكراهته بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك وحسن وهو طلقة
لغير الموطوءة ولو في حيض وللموطوءة تفريق الثلث في اطهار لا وطي فيها
فيمن تحيض ويجوز تفريقها في طهر واحد اذا تخلل بينهما رجعة او نكاح
والشهور في غيرها اي الاشهر في حق من لا تحيض بمنزلة الطهر وقال مالك
هو بدعة لا يباح الا واحدة وحل طلاقهن عقيب الوطي خلافا لزفر
السنة في الطلاق من حيث العدد يستوي فيها المدخول بها
وغير المدخول بها قال في الهداية والحسن هو طلاق السنة لم يرد به
انه مسنون والا لما كان الضرب الاول احسن منه بل اراد انه ثابت
بالسنة ثم انه فرق بين طلاق السنة والطلاق السني فان الثاني
اعم من الاول لتناوله الضرب الاول بخلاف طلاق السنة ومن حيث
الوقت طلقة فقط في طهر لا وطي فيه مخصوص بالموطوءة لا تحقق في غيرها
وبدعية من حيث العدد المتعدد ثلثا كان او اثنين في طهر
واحد سواء ارسل جملة او متفرقة وعند الشافعي هو مباح ومن

حيث الوقت طلقة في طهر وطئت فيه او حيض موطوءة وتجب رجعتها
في الاصح احترازا عن قول من قال انه يستحب فاذا طهرت طلقها ان شاء
وان قال لموطوءة انت طالق ثلثا للسنة بلا نية تقع عند كل طهر طلقة
واولها تقع في طهر لا وطئ فيه ذكره قاضي خان في الجامع الصغير هذا اذا
كانت من ذوات الحيض وان كانت من ذوات الاشهر تقع للحال طلقة
وبعد شهر اخرى وبعد شهر آخر اخرى وذلك ان الطلاق الثلث السني
هذا وانما قيدناه بالثلث لان الطلاق السني مطلقا اعم منه على ما بيناه
آنفا وان نوى لكل ساعة صحت اي النية حتى يقع الثلث في الحال خلافا
لزفر لانه بدعي وهو ضد السني ونحن نقول الثلث دفعة سني الوقوع
اي ثبت وقوعه بالسنة ويقع طلاق كل زوج مكلف ولو عبدا
او سكران او مكرها وفيهما خلاف الشافعي لا طلاق نائم وسيد على زوجة
عبده والطلاق للحرة ثلثة وللامة اثنان ولو زوجها حرا فيهما خلافا
للشافعي فان اعتبار الطلاق عنده بالرجال وعندنا بالنساء

باب ايقاع الطلاق صريحه ما استعمل فيه دون غيره مثل انت
طالق ومطلقة وطلقتك الطلاق لغة عبارة عن رفع القيد مطلقا
ولكن استعمل في النكاح بالتفعيل وفي غيره بالافعال ولهذا لا يحتاج في
قوله انت مطلقة بالتشديد الى النية وبالتخفيف يحتاج اليها
ويقع بها واحدة رجعية وان نوى ضدها اي الاكثر من الواحدة
او الواحدة البائنة وقال الشافعي ان نوى اكثر من الواحدة يقع ما نوى

او لم ينو شيئا وفي انت الطلاق او طالق الطلاق او طالق طلاقا
تقع واحدة رجعية ان لم ينو شيئا او نوى يعني بالمصدر وانما قلنا
هذا لانه لو قال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق
اخرى يصدق ويقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واحدة او ثنتين
وفيه خلاف لزفر وان نوى ثلثا فثلث هذا لان اللفظ مفرد
فلا بد من مراعاته غير ان الفرد نوعان حقيقي وهو الواحد في الجنس وحكمي
وهو جميع الجنس فايهما نوى صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولا كذلك
التثنية حتى ان كانت المرأة امة تصح نية الثنتين فيه لانه جميع الجنس
في حقها كالثلث في حق الحرة وباضافة الطلاق الى ما يعبر به عن
الكل كالرأس والرقبة والعنق والروح والبدن والجسد الفرق
بينهما ان الرأس والاطراف داخلة في الجسد دون البدن والفرج
والوجه او الى جزء شائع كالنصف والثلث يقع والى يدها او رجلها
لا لانه لم يعرف استعماله لغة ولا عرفا وانما جاء بهما على وجه
الندرة حتى اذا كان عند قوم يعبرون به عن الجملة وقع به الطلاق
ذكره في التبيين ولزفر والشافعي خلاف فيهما او في كل جزء معين
لا يعبر به عن جميع البدن وكذا الظهر والبطن قال في الاسرار
واما الظهر والبطن فلا رواية فيهما والصحيح ان لا يقع وبنصف
طلقة او ثلثها وكذا في كل جزء سماه ومن واحدة الى ثنتين او ما بين
واحدة قوله واحدة مبتداء الى ثنتين خبره بنصف طلقة وفي

واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث ثنتان وقالا يقع
في الاول ثنتان وفي الثاني ثلث وقال زفر في الاول لا يقع
شيء وفي الثاني يقع واحدة وبثلث انصاف طلقتين ثلث وثلثة
انصاف طلقة طلقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وقيل ثلث
لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا وفي انت طالق واحدة
في ثنتين واحدة وان نوى الضرب والظرف لان عمل الضرب
اثره في تكثير الاجزاء بعدد المضروب فيه لا في زيادة المضروب
والطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو وقال زفر والحسن بن زياد يقع
ثنتان ان نوى الضرب وان نوى واحدة وثنتين اي ان
نوى واحدة وثنتين فثلث وفي غير الموطوءة واحدة مثل واحدة
وثنتين اي اذا قال لغير الموطوءة انت طالق واحدة في ثنتين
ونوى واحدة وثنتين يقع واحدة كما اذا قال لها انت طالق واحدة و
وثنتين يقع واحدة وان نوى مع ثنتين فثلث وكذا في ثنتين
وثنتين يعني يقع الثلث ان نوى مع ثنتين والا يلغو في ثنتين
سواء نوى الضرب او الظرف او لم ينو شيئا وعند زفر يقع الثلث
ان نوى الضرب وفي من هنا الى الشام واحدة رجعية وقال زفر
هي باينة ونجز الطلاق في بمكة او في مكة او في الدار اي يقع في الحال
في هذه الصورة وان عني به التعليق يصدق ديانة لا قضاء وعلق بفي
اذا دخلت مكة او في دخولك الدار ويقع عند الفجر في انت طالق

غدا

غدا او في غد ويصح نية الآخر اي آخر النهار في الثاني فقط
مراده في القضاء واما ديانة فيصدق فيهما وهذا عنده وقالا
لا يصدق فيهما قضاء ويصدق ديانة وعندا ولها في اليوم غدا
او غدا اليوم يعني اذا قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يعتبر الاول
المذكور اولا حتى يقع في الاول في اليوم وفي الثاني في غد ولها انت
طالق قبل ان اتزوجك وانت طالق امس لمن نكحها اليوم
لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو
ويقع الآن فيمن نكح قبل امس لانه ما اسنده الى حالة منافية
ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا وكان انشاء والانشاء في الماضي
انشاء في الحال وفي انت طالق ثلثا ما لم اطلقك او متى لم اطلقك
او متى ما لم اطلقك وسكت يقع حالا وانما قال وسكت لانه اذا
قال موصولا انت طالق عقيب قوله انت طالق ثلثا ما لم اطلقك
يبر في يمينه خلافا لزفر فان عنده يقع ثلث تطليقات ذكره في شرح
الطحاوي والفرق بين البر والحنث لا يظهر في انت طالق ما لم اطلقك
وكذلك قيده بالثلث وفي انت طالق ثنتين انما ذكره ليظهر ثمرة
وقوع الآخرة دون الاولى ولم يقل ثلثا اذ حينئذ لا يتمشى ما ذكر
في القياس الآتي ذكره ما لم اطلقك انت طالق تطلق بالاخيرة معناه
قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت
مدخولا بها وهو قول زفر وفي ان لم اطلقك قبيل موت احدهما

وفي النوادر لا يقع بموتها لان البأس انما يقع بموتها فوجد الشرط
عند انقضاء محل الطلاق وفي الصحيح ان موتها كموته لانها اذا اشرفت
على الموت فقد بقي من حيوتها ما لا يسع للتكلم بالطلاق وذلك القدر من
الزمان صالح لوقوع المعلق لانه يستغني عن زمان التكلم فوجد الشرط والملك
قائم والمحل باق • واذا واذا ما بلا نية كان عنده وعندهما كمتى • اي قال
انما تطلق قبيل موت احدهما وقالا تطلق كما سكت لان كلمة اذا للوقت
فصار بمنزلة متى وله انه يستعمل في الشرط ايضا فان اريد به الشرط
لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال
لا يقال اذا ترددت كان الاحتياط في الوقوع تغليبا لجانب الحرمة
لانا نقول ترجح بالاصل وهو انها في عصمته بيقين فلا تطلق بالاحتمال
كما اذا شك في الوضوء او في الحدث يترجح بالاصل وان كان الاحوط
ايجاب الوضوء • ومع نية الوقت او الشرط فكنيته • اي يقع في الحال
في الاول وقبيل موت احدهما في الثاني • واليوم للنهار مع فعل ممتد وللوقت
المطلق مع فعل لا يمتد • الممتد عندهم ما صح فيه ضرب المدة وغير الممتد ما لم يصح
فيه ذلك والتفويض من الاول لانه يصح ان يقال جعلت امرك بيدك
يوما او شهرا ويصير الامر بيدها في ذلك الزمان دون غيره والطلاق
من الثاني حتى لو قال طلقتك شهرا كان ذكر المدة لغوا اذا لم يقع المرأة
مطلقة • فعند الشرط بلا تنجيز في امرك بيدك يوم يقدم زيد وطلق
في يوم اتزوجك فانت طالق • اعلم ان اليوم يذكر ويراد به النهار خاصة

ويذكر ويراد به مطلق الوقت فيتناول الليل والنهار والضابط
فيه انه اذا اقترن بفعل ممتد يراد به النهار واذا قرن بفعل غير ممتد
يراد به مطلق الوقت والسر فيه ان ظرف الزمان اذا تعلق بالفعل
بلا لفظة في يكون معيارا له كقولنا صمت السنة بخلاف ما اذا تعلق
بلفظة في كقولنا صمت في السنة فاذا كان الفعل ممتدا كان المعيار ممتدا
وان كان غير ممتد كان المعيار غير ممتد فيراد به مطلق الوقت
ثم اختلف عباراتهم فيما يعتبر الامتداد وعدمه فالمفهوم من الهداية
في هذا الفصل ان المعتبر الفعل الذي تعلق به اليوم وهو الطلاق
في المثال الثاني والمذكور في ايمان الهداية ان المعتبر الفعل الذي
اضيف اليه اليوم وهو التزوج في المثال والمذكور وقال في
التلويح هو من تسامحهم حيث لم يختلف الجواب لتوافق المتعلق به
والمضاف اليه في الامتداد وعدمه واما اذا اختلف مثل امرك
بيدك يوم يقدم زيد فقد اتفقوا على ان المعتبر هو ما تعلق به الظرف
لا ما اضيف اليه حتى لو قدم ليلا لا يكون الامر بيدها لان كون
الامر باليد مما يمتد • وراجع في انت طالق ثنتين مع عتق سيدك
لك • انما قال لك دون اياك كيلا يتعين المعنى المجازي للعتق وهو
الاعتاق فان المراد به تصوير المسئلة على وجه ينتظم المعنيين للعتق
لعدم الفرق في الجواب على ما افصح عنه صاحب الهداية لو التوضيح اذا قال
رجل لزوجته الامة انت طالق ثنتين مع عتق سيدك لك واعتقها

سيدها طلقت ثنتين ويملك الزوج الرجعة لانه علق التطليقتين
بالاعتاق والمعلق يوجد بعد الشرط فيوجد التطليق بعد الاعتاق
كانه ارسله في ذلك الوقت مقارنا للعتق الذي هو حكم الاعتاق
فتصير حرة به ثم يقع عليها الطلاق هو حكم التطليق بعد الحرية فلا تحرم
حرمة غليظة لا يقال ان كلمة مع للقران فكيف يتصور ما ذكرتم
لانا نقول قد تذكر للتاخير ايضا قال الله تعالى فان مع العسر يسرا
فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط وفي شرح الطحاوي ان
كلمة مع اذا اقحمت بين جنسين مختلفين تحل محل الشرط وعند مجيء غد
بعد تعلق عتقها وتطليقها بمجيئه لا يعني اذا قال المولى لامته اذا
جاء غد فانت حرة وقال زوجها اذا جاء غد فانت طالق ثنتين
فجاء الغد وقع العتق والطلاق ولا يملك الزوج الرجعة لان الطلاق
والعتق تعلقا بشرط واحد وهو مجيء الغد فيقعان معا عند مجيئه
فكما ان العتق صادفها وهي امة فكذلك الطلاق صادفها وهي
امة والامة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين بخلاف المسئلة الاولى لان
وقوع الطلاق متوقف على وقوع العتق كما توهم لعدم صحته بل لما ذكرنا
آنفا خلافا لمحمد برواية ابي حفص الكبير عنه فانه قال يملك الرجعة
لان العتق اسرع وقوعا لا لانه رجوع الى الحالة الاصلية وهو امر مستحسن
بخلاف الطلاق فانه ابغض المباحات فيكون في وقوعه بطوء وتاخر
لان في الطلاق ايضا رجوعا الى الحالة الاصلية وسرعة الوقوع في الامر

المستحسن وبطوءه في غير المستحسن امر تخيلي بل لان قوله انت حرة
اوجز من قوله انت طالق ثنتين والمعلق كالمرسل عند الشرط
فيكون كان المولى والزوج ارسلا في ذلك الوقت فيقع اوجز
القولين اولا وهو العتق وتعتد كالحرة بالاتفاق اخذا بالاحتياط
ويقع بانا منك او بائن او عليك حرام ان نوى بانا منك طالق
وان نوى خلافا للشافعي وانت طالق واحدة او لا خلافا لمحمد
او مع موتي او مع موتك ولا طلاق بعد ما ملك احدهما صاحبه
او شقصه لوقوع الفرقة بينهما بملك الرقبة والطلاق يستدعي
قيام النكاح ولا يلزم على هذا المكاتب اذا اشترى زوجته حيث
لا تقع الفرقة بينهما لانا لا نسلم ان له ملكا بل له حق الملك وهو يمنع
بقاء النكاح وبانت طالق هكذا يشير بالاصبع يقع بعدده
اي بعدد الاصبع والاصبع يذكر ويؤنث ويعتبر المنشورة لان
الاشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة للعرف والسنة
فلو نوى الاشارة بالمضمومة يصدق ديانة لا قضاء ولو اشار
بظهورها فالمضمومة بقي ههنا احتمال آخر وهو ان يكون رؤس
الاصابع نحو المخاطب فالوجه الشامل لها قيل ان كان نشرا عن ضم
فالعبرة للنشر وان كان ضما عن نشر فالعبرة للضم فافهم وبانت طالق
باين او البتة وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول
وانت طالق اشد الطلاق او افحشه او اخبثه او اسوءه او طلاق

الشيطان او البدعة او كالجبل وقال ابو يوسف يكون رجعيا
الا ان عند ابي حنيفة انه متى شبه الطلاق بشيء اي شيء كان يقع
بائنا ذكر العظم او لم يذكر وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون
بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به وعند زفر ان كان المشبه به
مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد
مع الاول وقيل مع الثاني او كالف او ملء البيت او تطليقة
شديدة او طويلة او عريضة بلا ثلث سواء لم ينو عددا او نوى
واحدة او ثنتين ثم ان هذا في الحرة اما في الامة فثنتان بمنزلة الثلث
واحدة بائنة الا اذا نوى ثنتين احديهما بقوله طالق والاخرى
بقوله باين او بقوله البتة فانه يقع ثنتان بائنتان ذكره في الهداية
ومعها ثلث بعد ذكر قرن بالطلاق انما زاد قوله قرن كيلا يرد النقض
بما اذا اقتصر على ذكر الطلاق ولم يذكر معه العدد فانه حينئذ يقع الواحدة
وليس وقوعها بعدد لانه فيلغوا انت طالق لو ماتت قبل ذكر العدد
ووقعن اذا طلقها ثلثا قبل الوطي وان فرق اي فرق الطلاق
بان يقال انت طالق واحدة وواحدة وواحدة او يقال انت طالق طالق
طالق او يقال انت طالق انت طالق انت طالق بانت بالاولى ولم تقع الثانية
ففي قوله انت طالق واحدة وواحدة تقع واحدة بائنة اما البينونة
فلوقوع الطلاق قبل الوطي واما عدم وقوع الثاني فلعدم العدة وعدم
توقف صدر الكلام على اخره حيث عدم المغير فصار كل واحد ايقاعا

على حدة وبانت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة واحدة
لان الواحدة الاولى وصفت بالقبلية فلما وقعت لم يبق للثانية
محل وبانت طالق واحدة قبلها واحدة او بعدها واحدة او مع
واحدة او معها واحدة ثنتان اما في قبلها وبعدها فلان الواحدة
الاولى وهي التي يوقعها في الحال وصفت بالبعدية فاقتضت وقوع
واحدة متقدمة عليها لكن لا قدرة له على الايقاع في الزمان الماضي فيقع
في الحال فيكون الواحدة الاولى والثانية متقارنتين واما في
مع او معها فظاهر وفي الموطوءة ثنتان في كلها لقيام المحلية بعد وقوع
الاولى وبانت طالق واحدة وواحدة او فواحدة اي او قال انت
طالق واحدة فواحدة ان دخلت الدار ثنتان لو دخلت ووجد
ان قدم شرطه اي قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة
وواحدة فعند تقدم الشرط يقع واحدة وهذا في غير الموطوءة فان
الواحدة الثانية تعلقت بالشرط بواسطة الاول فاذا وجد الشرط
يقع بهذا الترتيب وهذا عنده واما عندهما فيقع ثنتان بلا فرق
بين صورتي العطف بالواو والعطف بالفاء فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه
ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق في الثاني وكنايته ما لم يوضع
له واحتمله وغيره فلا تطلق الا بنية او دلالة الحال فان دلالة الحال
اقوى من النية لانها ظاهرة والنية باطنة ثم ان المراد من دلالة
الحال ههنا دلالة المقال على ما سنقف عليه باذن الملك المتعال [illegible]



يشكل هذا ببعض الصور فان دلالة الحال لا تكفي فيما تصلح ردا فان
الطلاق لا يقع في حال مذاكرة الطلاق بنحو اخرجي واذهبي وقومي
بل يتوقف على النية قلت صلاحيته للرد كانت معارضة لحال
مذاكرة الطلاق فلم يبق دليلا وكانت الصور المذكورة خالية عن
دلالة الحال ولذلك توقف فيها على النية والله اعلم بحقيقة الحال
ومنها اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة وبها تقع واحدة
رجعية يعني لا تقع بهذه الثلثة الا واحدة رجعية ولو نوى ثلثا
او ثنتين كما في الصحيح اذ لم يذكر المصدر وبباقيها كانت بائن
بتة بتلة حرام حبلك على غاربك خلية برية الحقي باهلك وهبتك لاهلك
سرحتك فارقتك انت حرة تقنعي تخمري استتري اعزبي اخرجي قومي
ابتغي الازواج تقع واحدة بائنة ان نواها وقال الشافعي يقع بما نوى
الثلثة الاول رجعي او ثنتين وقال زفر تقع ثنتان ان نواهما
وثلث ان نواه وفي اعتدي ثلث مرات يقع في قوله لامرأته اعتدي
اعتدي لو نوى بالاول طلاقا وبغيره حيضا صدق وان لم ينو بغيره
شيئا فثلث هذه المسئلة على اثني عشر وجها تفصيلها يطلب من المطولات
واعلم ان الظاهر مما ذكر وقوع الطلاق بالكنايات كلها عند دلالة
الحال وليس كذلك فان وقوعه ببعض منها دون بعض وبيان
ذلك ان الاحوال ثلث حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة
الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام قسم منها يصلح جوابا

ولا يصلح ردا ولا شتما وهي ثلثة الفاظ امرك بيدك اختاري اعتدي
ومرادفها وقسم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح ردا وهي خمسة الفاظ خلية
برية بتة باين حرام ومرادفها وقسم يصلح جوابا وردا ولا يصلح سبا
وشتيمة وهي خمسة الفاظ اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي ومرادفها
ففي حالة الرضا لا يقع الطلاق بشيء منها الا بالنية للاحتمال ثم القول في
في امرك بيدك وفي اختاري بل لا بد معها من اختيار المرأة نفسها
والقول قوله مع يمينه في عدم النية وفي حالة مذاكرة الطلاق وهو ان
تسئله المرأة طلاقها او يسأله اجنبي يقع في القضاء بكل لفظ لا يصلح للرد
وهي القسم الاول والثاني ولا يصدق في عدم النية لان الظاهر ارادته
الجواب لانهما لا يصلحان للرد وفي حالة الغضب لا يقع بكل لفظ يصلح للسب
والرد وهو القسم الثاني والثالث لانه يحتمل الرد والشتم ولا ينافيه
حالة الغضب ويقع بكل لفظ لا يصلح لهما بل يصلح للجواب فقط وهو القسم
الاول لظاهر حاله **باب التفويض** لمن قيل لها طلقي نفسك
او امرك بيدك او اختاري بنية الطلاق تطليقها في مجلس
علمت فلو خيرها ولم تسمع او كانت غائبة فلها الخيار في مجلس علمها
الا اذا كان التفويض موقتا ويمضي الوقت قبل ان تعلم وان
طال قال الحاكم الشهيد في الكافي وان يطاول يوما او اكثر ما لم تقم
فان المجلس وان لم يتبدل بمجرد القيام الا ان الخيار يبطل لانه يدل
على الاعراض وهذا ظاهر من كلام صاحب الهداية اولم تعمل عملا يقطعه

انما ذكر هذا ولم يكتف بقوله لا بعد لان المجلس لا يتبدل حقيقة
بل حكما ثم ان ما ذكر اخص مما قبل و بجعل لا يكون من جنس المضي فلا يرد
عليه ما اورد على هذا من انها اذا شربت ماء او لبست ثوبا او حدث عمل
ليس من جنس المضي مع انه لا يبطل خيارها وجلوس القائمة واتكاء
القاعدة وقعود المتكئة ودعاء الا للشورى وشهود ليشهدهم
قال في المحيط فان لم تجد احدا يدعو بالشهود فقامت لتدعوهم ولم
يتحول من مكانها لم يبطل خيارها لانها مضطرة للاستيناف وان
تحولت قبل وقيل ومن هنا تبين ان قوله ما لم تعمل عملا تلبس على اطلاقه
وقف دابة هي راكبتها لا يقطع و فلكها كبيتها وسير دابتها
اي لا يتبدل المجلس بجري الفلك ويتبدل بسير الدابة قال في المحيط
الا انه يجب مع سكونه لانه لا يمكنها الجواب باسرع من هذا فلم يوجد
تبدل المجلس حكما لان اتحاد المجلس انما اعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد
وجد الاتصال وفي اختاري لا تصح نية الثلث بل تبين ان قالت
اخترت نفسي او اختار نفسي وشرط ذكر النفس كما في المثال المذكور
او ما يقوم مقامها كما في المثال الآتي ذكره من احدهما لان وقوع
الطلاق بلفظ الاختيار عرف باجماع الصحابة رضهم واجماعهم في اللفظ
المفسر من احد الجانبين وفي اختاري اختيارة لو قالت اخترت
تبين لان ذكر الاختيارة كذكر النفس لان الهاء فيها تنبئ عن الاتحاد
واختيارها نفسها هو الذي يتحد تارة ويتعدد اخرى وكذا ذكر

التطليقة

التطليقة وتكرار اختاري يقوم مقام ذكر النفس ولو كرر اختاري
ثلثا لا فرق بين ان يذكر الاخيرتين بعطف من واو وفاء او ثم
او لم يذكر ذكره في التبيين فقالت اخترت اختيارة او اخترت
الاولى او الوسطى او الاخيرة تقع ثلث عنده وعندهما تطلق واحدة
الآن تقول اخترت اختيارة فانه حينئذ يقع الثلث اتفاقا بلا نية
انما لم يحتج الى النية مع كونها من الكنايات لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار
في حق الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا ثم ان اشتراط
النية على ما ذكره الصدر الشهيد والعتابي في شرح الجامع الصغير
ولم يتعرض له محمد في الجامع الصغير وفي المبسوط واشتراطها في
رواية الزيادات والجامع الكبير وابو المعين النسفي وغيره صرحوا
باشتراطها في شروح الجامع الكبير ولو قالت طلقت نفسي او اخترت
نفسي بتطليقة بانت بواحدة هكذا ذكر في المبسوط والجامع والزيادات و
وشروح الجامع الصغير سوى شرح صدر الاسلام والكافي للحاكم الشهيد و
شرحه للامام السرخسي وشرح الطحاوي وفتاوى الولوالجي و
جوامع الفقه وغيرها وذكر في الهداية انه يقع واحدة يملك
الرجعة على وفق ما وقع في بعض نسخ الجامع الصغير وقال الصدر
الشهيد هي واحدة بائنة وما وقع في بعض النسخ غلط من الكاتب
ولو قال امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت
نفسها يقع رجعية فان قيل قوله امرك بيدك واختاري يفيد

البينونة فلا يجوز صرفها عنها الى غيرها قلنا لما قرن به الصريح علم انه
اراد الرجعي كما لو قرن الصريح بالبائن في قوله انت طالق بائن
ذكره في التبيين ويخالفه ما في مقالة الشافعي من الحقائق نقلا
عن المبسوط وهو انه لو قال لها انت طالق ثلثا يقع بائنا عنده
وعنده رجعي ولو قال امرك بيدك ونوى الثلث فقالت اخترت
نفسي بواحدة او بمرة واحدة يقع اي جعل الامر بيدها كالتخيير
في المسائل كلها الا في صحة الثالث فانه لا يصح نيته في التخيير
وان قالت طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة
فواحدة بائنة ولو قال امرك بيدك اليوم وبعد غد لا يدخل الليل
فيه فيبطل امر اليوم ان ردته وبقي الامر بعد غد خلافا لزفر
وفي امرك بيدك اليوم وغدا دخل الليل فلا يبقى الامر في غد ان
ردته في يومها لانه امر واحد فلا يبقى لها الخيار بعد الرد ولو
قال طلقي نفسك ولم ينو او نوى واحدة فطلقت نفسها يقع رجعية
وان طلقت ثلثا ونواه وقعن انما قال ونواه لانها لو طلقت نفسها
ثلثا وقد نوى الزوج واحدة لم يقع عليها شيء عنده وعندهما يقع
واحدة ولو نوى ثنتين يقع واحدة لانه عدد واللفظ لا يدل عليه
الا ان تكون امة لان الثنتين جميع الجنس في حقها ويقع بابنت نفسي
رجعية اما وقوع الطلاق فلان الابانة من الفاظه فصلحت جوابا
لقوله طلقي نفسك واما كونه رجعيا فلان المفوض اليها هو الرجعي وقد

انت بزيادة وصف وهي البينونة فيلغو ذلك والمخالف في الوصف
لا يعدم الاصل فلا يعد خلافا لكونه تبعا بخلاف قولها طلقت نفسي ثلثا
في جواب طلقي نفسك واحدة فانها تعد خلافا في الاصل لان الطلاق
اذا قرن بالعدد يكون الواقع هو العدد وباخترت نفسي لا يقع
لانه ليس من الفاظ الطلاق ولا يصح الرجوع عن طلقي نفسك لان فيه
معنى اليمين اذ هو تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم
لا يصح الرجوع عنها وليس بتوكيل ويتقيد بالمجلس لانه تمليك وفي طلقي
ضرتك وطلق امرأتي خلافهما اي يصح الرجوع عنه ولا يتقيد بالمجلس لانه
توكيل وفي طلقي نفسك متى شئت لا يتقيد اي بالمجلس وفي طلقها ان شئت
يتقيد لانه علقه بمشيته فصار تمليكا لا توكيلا ولا يرجع اي ليس
للزوج ان يرجع عنه لكونه لازما لمعنى التعليق وقال زفر هو والاول
سواء ولو قال طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة فواحدة لانها ملكت
ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ولا يقع شيء في عكسه
هذا عنده وعندهما تقع واحدة ايضا لانها اتت بما ملكته وزيادة
فيصح ما ملكته وتلغو الزيادة وله انها اتت بغير ما فوض اليها لان الثلث
غير الواحدة والمفوض اليها واحدة لا ثلث فلم يقع شيء اصلا لانها
مخالفة لا ممتثلة والواحدة في الصورة الاولى وان كانت غير الثلث
لكن تمليك الثلث يقتضي تمليك الواحدة فكانت الواحدة مفوضة اليها ورد
واما ما قيل لانه فوض اليها ايقاع الواحدة قصدا لا في ضمن الثلث فيرد عليه

انه لاعبرة لهذا والا لما وقع واحدة في الصورة الاولى لان ما فوض
اليها فيها ايقاع الواحدة في ضمن الثلث لا ايقاعها قصدا ولو امرت
بالبائن لم يقل والرجعي لانهما مما سبق من قوله ويقع بابنت نفسي
رجعية فعكست وقع ما امره ولا يقع في طلقي نفسك ثلثا ان شئت
لو طلقت واحدة لان معناه ان شئت الثلث وهي ايقاع الواحدة
ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط وعكسه لان مشية الثلث ليست
مشية للواحدة كايقاعها هذا عنده وقالا يقع واحدة لان مشية
الثلث يتضمن مشية الواحدة كما ان ايقاعها يتضمن ايقاع الواحدة
فوجد الشرط ولا في انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال
شئت لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد
الشرط فلم يقع شيء وبطل امرها لانها اشتغلت بما لا يعنيها وان نوى
الطلاق اذ ليس في كلامه ولا كلامها ذكر الطلاق فيبقى قوله شئت مبهما
والنية لا تعمل في غير المذكور ولا يمكن البناء على ما تقدم لانه انما يبنى
على السابق اذا اعتبر السابق وهنا قد بطل لاشتغالها بما لا يعنيها
لخلو قوله شئت عن ذكر الطلاق فلم يقع به شيء قال في المبسوط فان قيل
كان ينبغي ان يقع الطلاق بقول الزوج شئت لانه يملك ايقاع الطلاق
بهذا اللفظ قلنا انما يملك الايقاع بمشية الطلاق وهو بهذا
اللفظ شاء مشيتها لانه قصد جوابها وكذا كل تعليق بمعدوم وقع
لو علقت بموجود وفي انت طالق اذا شئت واذا ما شئت ومتى

شئت لا يرتد الامر بردها وتطلق متى شاءت واحدة لا غير وفي كلما شئت
لها ايقاع واحدة ثم وثم لا الثلث جميعا ولا التطليق بعد زوج آخر
قوله ولا التطليق بالرفع عطف على الايقاع المضاف الى الثلث تقديره
ليس لها ايقاع الثلث ولا التطليق وفي حيث شئت واين شئت
يتقيد بالمجلس وفي كيف شئت يقع رجعية ان لم تشاء لم يقل وان لم تشاء
لان المقام مقام الشرط دون الوصل على ما افصح عنه صاحب الهداية
وان شاءت كالزوج بائنة او ثلثا يقع وان نوى ثلثا وهي واحدة
بائنة او ما لقلب فرجعية لان نيته ومشيتها تعارضتا فتساقطتا
فبقي ايقاع الاصل هذا عنده وعندهما لا يقع شيء ما لم تشاء رجعية او بائنة
او ثلثا بشرط ان لا يخالف ارادته وان لم ينو شيئا فما شاءت هذا
على ما قاله المتأخرون جريا على موجب التخيير ولم يرد فيه نص عن اصحابنا
المتقدمين رضوان الله عليهم اجمعين وفي كم شئت او ما شئت طلقت
ما شاءت في مجلسها وان ردت ارتد وفي طلقي نفسك من ثلث ما شئت
لها ان تطلق ما دونها لا ثلثا هذا عنده وقالا تطلق ثلثا لان كلمة
ما محكمة في التعميم وكلمة من يستعمل للتبيين فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال
كل من طعامي ما شئت وطلق من نسائي ما شئت وله ان كلمة من حقيقة
في التبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة
القرينة وهي اظهار السماحة او لعموم الصفة وهي المشية حتى لو قال
من شئت كان على الخلاف

باب الحلف بالطلاق

شرط صحة الملك

او الاضافة اليه او الى سببه اراد وبالاضافة الى احدهما تعليق الطلاق به وفي
بالاضافة الى الملك خلاف الشافعي فلا تطلق اجنبية قال لها ان كلمتك فانت
كذا فنكحها وكلمها خلافا لابن ابي ليلى وتطلق بعد الشرط ان قاله لزوجته
ثم كلمها لوجود الملك وقت التعليق او قال لاجنبية ان نكحتك فانت كذا
فنكحها لوجود الاضافة الى سبب الملك قال في الهداية وهي بمنزلة الاضافة الى الملك
والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتما وفيها اي في
الالفاظ المذكورة تنحل اليمين اذا وجد الشرط مرة الا في كلما فانه
ينحل بعد الثلث يعني في الحرة وفي الامة تنحل بعد الثنتين المراد بانحلال
اليمين بطلانها ببطلان التعليق فلا يقع ان نكحها بعد زوج اخر
خلافا لزفر الا اذا دخلت يعني كلمة كلما على التزوج نحو كلما تزوجتك
فانت كذا وبزوال الملك بما دون الثلث لا تنحل اليمين واما قال
بما دون الثلث لانه اذا زال بها تنحل اليمين الا اذا كانت مضافة
الى سبب الملك فح لا تنحل بالثلث ايضا لان صحتها باعتبار ملك يحدث
وتنحل بعد وقوع الشرط مطلقا اي سواء وقع في الملك فحينئذ تنحل الى
جزاء او في غير الملك فحينئذ تنحل لا الى جزاء فان قال لامرأته ان دخلت
الدار فانت طالق ثلثا فاراد ان يدخلها من غير ان يقع الثلث فحيلته
ان يطلقها واحدة ثم يدخلها بعد انقضاء العدة ثم يتزوجها فان دخلها
بعد ذلك لا يقع شيء لانحلال اليمين وشرط للطلاق الملك واثره اي
العدة وان اختلفا في وقوع الشرط سواء كان وجوده او عدمه فالقول له

لانه ينكر وقوع الطلاق ولا عبرة للتمسك بالاصل ههنا والا لما احتيج
الجواب في صورتي الشرط الموجود والمعدوم فان المتمسك بالاصل في
الكل هو المرأة الا مع حجتها لو قال لها ان لم اجامعك في حيضك فانت
طالق للسنة ثم قال جامعتك فان كانت حائضا فالقول له لانه
يملك الانشاء فلا يتهم وان كانت طاهرة لا يصدق لانه يريد ابطال
حكم واقع في الظاهر لوجود وقت السنة وقد اعترف بالسبب لانه
المضاف بسبب الحال كذا في التبيين فالمسئلة السابقة والتي بعدها
ليستا على اطلاقهما وفي شرط لا يعلم الا منها صدقت في حقها خاصة
ففي ان حضت فانت طالق وفلانة وان كنت تحبين عذاب الله فانت
كذا وعبده حر لو قالت حضت واحبه وقع طلاقها فقط واعلم ان
التعليق بالمحبة كالتعليق بالحيض الا في شيئين احدهما ان التعليق
بالمحبة يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت احبه لا تطلق
والتعليق بالحيض لا يبطل بالقيام كسائر التعليقات والثاني انها اذا كانت
كاذبة في الاخبار تطلق في التعليق بالمحبة لما قلنا وفي التعليق
بالحيض لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التبيين وفي ان حضت
فانت كذا الحكم بالجزاء بعد استمرار الدم ثلثة ايام من اوله لانه تبين
باستمرار الدم ثلثة ايام انه حيض فيحكم بعد الثلثة بوقوع الجزاء في اولها
وفي ان حضت حيضة لا يقع حتى تطهر لان الحيضة هي الكاملة وفي ان صمت
يوما فانت طالق تطلق حين غربت من يوم صامت بخلاف ان صمت لانه

لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ولو علق طلقة
بولادة ذكر وثنتين بانثى فولدتهما ولم يدر الاول طلقت واحدة قضاء
وثنتين تنزها اى تباعدا من مظان الحرمة ومن قال ديانة يعني
فيما بينه وبين الله تعالى فقد اخطاء وانقضت العدة بوضع الحمل اى
بوضع الكل وانما لم يقع به طلاق لان العدة تنقضي بالوضع ثم الوضع
شرط لوقوع الطلاق فيتأخر عن الوضع وقد انقضت العدة بالوضع
فلا يقع بعده طلاق ولو علق الطلاق بشيئين يقع ان وجد الثاني
في الملك سواء وجد الاول ايضا فيه اولا خلافا لزفر والا اى ان لم
لم يقل والتنجيز يبطل التعليق لان تنجيز ما دون الثلث لا يبطل التعليق فلو علق
الثلث بشرط ثم نجز الثلث ثم عادت اليه بعد التحليل ثم وجد الشرط
لا يقع شيء وان علق الثلث بوطى زوجته فاولج اى ادخل لا عبرة في
جواب المسئلة لكون الداخل مقدار الحشفة فقط وان اوهمه قول صاحب
الهداية فلما التقا الختانان لان الوجه المذكور في تعليله صحيح فيما قلنا
ولبث فلا عقر عليه قال في ديوان الادب والعقر مهر المرأة اذا وطئت
عن شبهة والمراد منه مهر المثل وبه فسر الامام العتابي في شرح الجامع الصغير
وكذا لو علق عتق امته بوطئها ولم يصر به مراجعا في الرجعي هذا عند محمد
وعند ابي يوسف يصير به مراجعا ولو نزع ثم اولج يجب العقر وكان رجعة
ولو قال انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع خلافا لمالك وان ماتت
قبل الاستثناء ولو مات يقع اى قال انت طالق فاخذ في التكلم بان شاء

الله تعالى فمات قبل تمامه وفي انت طالق ثلثا الا ثنتين يقع واحدة
وفي الا واحدة ثنتان **باب طلاق الفار** عنونه بالفار
دون المريض لعدم اختصاص حكم الباب به ومن عنون به نظر الى
اصالته فيه وفرقته بغير طلاق في حكمه قال في الذخيرة ولو جاءت
الفرقة من المرأة في مرضها بردة ورث الزوج منها الذي يصير
فارا بالطلاق ويحص تبرعه بالثلث من غالب حاله الهلاك
مريضا كان او صحيحا كمن اضناه مرض وهو صاحب الفراش
ذكره في الذخيرة فعجز عن اقامة مصالحه خارج البيت انما قال
خارج البيت اذ لا عبرة للقدرة فيه ذكره في الذخيرة وقال هو
الصحيح ثم قال هذا في حق الرجل فاما المرأة لا يحتاج الى الخروج
من البيت في حوائجها فلا يعتبر هذا الحد في حقها ولكن اذا كانت
بحيث لا يمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة او بارز رجلا
او قدم ليقتل في قصاص او رجم فلو ابان اى من هو كذلك
عرسه انما قال ابان لانه بالطلاق الرجعي لا يصير فارا من غير
سؤالها فاما اذا طلقها بسؤالها فلا ترث ومات بذلك
السبب او بغيره ترث خلافا للشافعي اعلم ان محل الخلاف غير منحصر
في الثلث كما توهم فان البائن ايضا محل خلاف نص عليه الكافي
وطالبته رجعية طلقت ثلثا لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح
فلم يكن بسؤالها راضية لبطلان حقها فترث ومبانة قبلت

ابن زوجها لان البينونة قد وقعت بابانة قبل تقبيلها ومن لاعنها
اى وقعت الفرقة بينها باللعان فى مرضه سواء كان القذف ايضا
فى المرض اولا وفى الذخيرة خلافا لمحمد وانما ترث فى هذه الصورة لان
المرأة لابد لها من الخصومة لدفع العار عن نفسها وكان من قبيل تعليق
الطلاق بفعل لابد لها منه او آلى منها مريضا اى حلف فى مرض موته
ان لا يقربها اربعة اشهر فلم يقربها حتى مضت المدة ووقعت البينونة
ثم مات الكذلك اى ترث هؤلاء كالتى ذكرت قبلها ومن قام بها
اى بمصالحه خارج البيت مشتكيا محموما قال فى الذخيرة فاما الذى يجئ
ويذهب فى حوائجه فليس بمريض ولا فار وان كان يشكو
ويحم هكذا قال محمد ومن هو محصور او فى صف القتال وحبس لقصاص
اورجم ليس بفار ان طلقت بائنا وهو كذلك لا ترث ولذا المختلعة
والمخيرة اختارت نفسها ومن طلقت ثلثا بطلبها او بلا طلبها ثم صح
اى صح من مرضه ثم مات لا ترث ولو تصادق الزوجان فى مرضه
على ثلث فى الصحة ومضى المدة ثم اقر لها بدين او اوصى بشئ فلها
الاقل منه ومن الارث قوله منه متعلق بالظرف اى يثبت لها من الموصى
ومن الارث ما هو اقل هذا عنده وقالا يجوز اقراره ووصيته ولو
طلقت ثلثا بامرها فى مرضه ثم اقر او اوصى فان لها الاقل من ذلك
ومن الارث عند ائمتنا الثلثة خلافا لزفر ولو علق الثلث بشرط ووجد
فى مرضه ان علقه بمجئ وقت او بفعل اجنبى المراد بالفعل ما يعم الترك.

ترث الا اذا علق فى صحته ووجد الشرط فى مرضه فحينئذ لا ترث وان
علق بفعل نفسه ترث سواء كان التعليق فى مرضه او لا والفعل منه
بد كلام اجنبى او لا بد له منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين
وان علق بفعلها فان كان اى التعليق والشرط فى مرضه والفعل
لها منه بد لا ترث وان لم يكن منه بد ترث وان كان اى التعليق
فى صحته لا ترث الا فيما لابد لها منه عند الشيخين خلافا لتلميذين
ذكر فخر الاسلام فى المبسوط ان الصحيح فى هذه المسئلة ما قاله محمد له
انه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله ولهما ان الزوج
الجاء ها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما فى الاكراه
وفى الرجعى ترث فى الاحوال كلها وحصل ارثها بموته فى عدتها
فان انقضت عدتها ثم مات لا ترث اعلم ان المعتبر ههنا
عدة تجب بالدخول بها خاصة لا التى تعمها والواجبة بالخلوة الصحيحة
ذكر فى فصل المهر من الذخيرة

باب الرجعة

هى استبقاء
النكاح واستدامة الملك وعلى هذا يبتنى حل الوطئ عندنا وعند
الشافعى انشاء النكاح من وجه واستبقاء من وجه فنقول
بالحرمة احتياطا ذكره فى التحفة فى العدة بعد الدخول لابد من
هذا القيد لان العدة قد تجب بالخلوة الصحيحة بلا دخول ولا تصح
فيها الرجعة ذكره فى الذخيرة لا غير ما لم يقل لا بعدها لينتظم حكم النفى
من لا عدة لها لمطلقة غير مبانة لم يقل لمن طلق دون ثلث

لانه مع اختصاصه بالحرة شامل لمن لا رجعة لها كالمختلعة وان
ابت كور اجعتك بوطئها ومسها بشهوة ونظره الى فرجها بها
اى بشهوة وعند الشافعى لا يصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه
وندب اشهاده على الرجعة وعند مالك وهو احد قولى الشافعى يجب
الاشهاد واعلامها بها اى اعلام الزوج اياها بالرجعة كيلا تقع فى المعصية
بفعل الحرام بان تتزوج بعد انقضاء مدة العدة رجلا آخر بناء على
زعمها ان زوجها لم يراجعها وكون ذلك الفعل حراما ومعصية غير
مشروط بالعلم نعم استحقاق الفاعل بالعذاب مشروط به وهو امر
آخر وراء ذلك ومن لم يفرق بين المقامين اعترض واجاب فاخطأ
فى السؤال وما اصاب فى الجواب وان لا يدخل عليها حتى يؤذنها ان لم يقصد
رجعتها ولو ادعى بعد العدة الرجعة فيها وصدقته فهو رجعة
وان كذبت فلا لترك المسئلة القائلة ولا يمين عليها عنده لانه من مسائل
الدعوى يأتى فى موضعها وان قال راجعتك يريد به الانشاء فقالت
مجيبة مضت عدتى فلا رجعة والقول قولها مع اليمين عند ابى حنيفة
ذكره الكرخى فى مختصره فان قلت فعلى هذا اذا نكلت صحت الرجعة
والرجعة لا يصح بذلها قلت الرجعة لا تثبت بنكولها بل تثبت العدة
ويملك الزوج الرجعة من طريق الحكم لا بذلها كما ان النسب يثبت بالفراش
عند شهادة امرأة واحدة بالولادة وان لم يثبت النسب بشهادتها
وقالا تصح الرجعة لانها صادفت وقت العدة اذ هى باقية ظاهرا الى ان

تخبر وقد سبقته الرجعة ومحل النزاع ما لو اجابته متصلا بقوله حتى
لو سكتت ساعة ثم اجابت لا تصدق وتقع الرجعة اجماعا
من المبسوط واليه الاشارة فى قوله فقالت اذ الفاء للتعقيب من
غير فصل ثم انه لا حاجة الى ان يقال انما تصدق المرأة فى انقضاء
العدة اذا كانت المدة تحتمل ذلك لان اعتبار المدة عند ادعائها
الانقضاء بالحيض واما اذا ادعت الانقضاء باسقاط السقط
فلا حاجة الى المدة والمذكور فى صورة المسئلة مضى المدة مطلقا
كما فى زوج امة اخبر بعد العدة بالرجعة فيها وصدقه سيدها وكذبته
فان القول قولها عنده وقالا القول قول المولى او عكس اى
اخبر بالرجعة فى العدة بعد انقضائها وصدقته وكذب المولى
وفى هذه الصورة لا تثبت الرجعة بالاتفاق فى الصحيح واختلفوا فى
مضيها فقالت مضت وانكرا اى الزوج والسيد مضى العدة
وان انقطع دم آخر العدة بعشرة تمت ولا اقل منها لا حتى تغتسل
او يمضى قدر ما يسع الغسل والتحريمة من آخر وقت فرض او تتيمم فتصلى
ولو نسيت غسل عضو راجع وفيما دونه لا لانه لا اعتبار لما دون
العضو فكانها اغتسلت ومضت عدتها والا لما اختلف الحكم
بالعمد والنسيان ولما تخلف عنه حكم حل الزوج بل لاحتمال ان يصل الماء
الى ذلك الموضع ويجف سريعا حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه
بان تركته عمدا لا ينقطع حق الرجعة نص عليه فى المحيط والمراد بما دون

العضوان شيء لمعة يسيرة نحو اصبع واصبعين ذكره في شرح الطحاوي
ولو طلق ذات حمل او ولد وانكر وطيها فله الرجعة اي لو طلق امرأته
وهي حامل او بعدما ولدت في عصمته وقال لم اجامعها سواء كان
هذا القول منه حال التطليق او بعده فله الرجعة قد مر ان الرجعة
في قوله فله الرجعة الرجعة الواقعة قبل وضع الحمل في المسئلة الاولى
ومعنى كونها له انه لو راجعها يصح الرجعة الآن صحتها انما تظهر اذا
ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق وتوقف ظهور صحتها
على وضع الحمل لا ينافي صحتها قبله فلا مسامحة في الكلام كما سبق الى بعض الاوهام
وانما تصح الرجعة فيما ذكر من المسئلتين مع انكار الوطي لان الشرع
كذبه في انكاره الوطي حيث اثبت النسب منه بقي ههنا شيء وهو ان التكذيب
على تقدير ان لا يكون بين الولادة والنكاح اقل من ستة اشهر وكون
الولادة لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق لا يستلزم ذلك
فلا بد في المسئلة من قيد آخر فتدبر وان خلا بها وانكر اي انكر الوطي
فلا اي لا يملك الرجعة اذ حينئذ لا يكذبه الشرع في انكاره وهو حجة عليه
في عدم تاكد الملك بالوطي وتاكد المهر بالخلوة ليس لانه قبض المعقود
عليه بل لانه سلمته اليه ووجوب العدة احتياطا فلا يكون القضاء بهما
قضاء بالدخول فلا يتاكد الملك حتى فيملك الرجعة فان طلقها اي بعدما
خلا بها وانكر وطيها ثم راجعها فجاءت بولد لاقل من سنتين يعني من وقت
الطلاق صحت اي تلك الرجعة لانه ثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء

العدة

العدة والولد لا يبقى في البطن بهذه المدة فينزل واطئا قبل الطلاق
لا بعده اذ على الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم
الوطي ويجب صيانة المسلم عنه وعلى الاول يصح الرجعة ولو قال اذا ولدت
فانت طالق فولدت ثم آخر ببطنين وذلك بان يكون بين الولادتين
ستة اشهر او اكثر فهو رجعة لانها طلقت بالولادة الاولى ووجبت
العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر
بانقضاء العدة فيصير مراجعا ليكون الوطي حلالا فالولد الثاني دليل
الرجعة وهذا معنى كونه رجعة وانما قال ببطنين لانهما اذا كانا ببطن
واحد لا تثبت الرجعة اذ حينئذ يكون علوق الولد الثاني قبل الولادة
الاولى وفي كلما ولدت وولدت ثلثا ببطون يقع ثلث والولد الثاني رجعة
كالثالث وعليها العدة اي عدة الطلاق الثالث الواقع بالولادة
الثالثة بالحيض لانها حامل او بالاشهر ان لم تر الحيض ودخلت
سن الاياس ومطلقة الرجعي تتزين لانها حلال للزوج فالتزين
للترغيب في الرجعة المستحبة ولا يسافر بها خلافا لزفر وانما لم يقل حتى
تشهد على رجعتها لان معناه الاستحباب وقد مر ذلك واما المسئلة
الفائتة وله وطيها فقد علمت مما سبق من بيان صحة الرجعة بوطيها
وله نكاح مبانته بلا ثلث في عدتها وبعدها ولا تحل حرة بعد ثلث
ولا امة بعد ثنتين حتى يطأها غيره ولو مراهقا الشرط هنا الايلاج
دون الانزال ولذلك يكفي وطي المراهق وهو صبي قارب البلوغ

ويجامع او حبلت منه ذكر في طلاق القدوري والواقعات ولو تزوج
المطلقة ثلثا بمجبوب وحبلت ثم طلقها فوضعت حملها تحل للزوج
الاول بنكاح صحيح هذا عند الجمهور وهو الصحيح خلافا لسعيد بن
المسيب وداود الظاهري وبشر المريسي والشيعة والخوارج فانهم
لم يشترطوا وطي الزوج الثاني وذلك خلاف لا اختلاف فلا عبرة به على ما بين
في كتاب القضاء فان قلت اليست الحرمة مستمرة الى ان يطلقها
الزوج الثاني وتنقضي عدتها قلت الكلام في الحرمة الثابتة بالطلقات
الثلث وهي تنتهي عند دخول الزوج الثاني والباقي بعد ذلك الى ان
يطلقها الزوج الثاني وتنقضي عدتها حرمة اخرى تظهر بنكاح الزوج الثاني
ولا اختصاص لها بالمطلقة الثلث بل يعم الاجنبيات كلها على ما بين
في كتاب النكاح وعلى وفق هذا وقعت الاشارة في قوله تعالى حتى تنكح
زوجا غيره ومن ذهب عليه ما ذكر من الفرق الدقيق زاد ههنا قول
وتمضي عدة طلاقه او موته ثم انه لم يصب في تخصيص الطلاق بالذكر
فان الحكم في الفرقة بغير طلاق كذلك وعبارة الهداية ثم يطلقها او يموت
عنها وفيها قصور آخر حيث جعل نفس الطلاق غاية والغاية مضي
عدة لا نفسه فافهم ولا لحل سيد ما تفرع على قوله بنكاح صحيح وكره
النكاح بشرط التحليل وتحل للاول والزوج الثاني يهدم ما دون الثلث
فمن طلقت دونها عادت اليه بعد آخر عادت بثلث خلافا لمحمد و
زفر والشافعي والمبانة ثلثا لو قالت حللت في مدة تحتمله وغلب على ظنه

صدقها قلت للاول قيل اقل تلك المدة تسعة وثلثون يوما
لانه لا بد من ثلث حيض وطهرين واقل مدة الحيض ثلثة ايام
واقل مدة الطهر خمسة عشر يوما ولا يذهب عليك ان ما ذكر اقل
مدة عدة واحدة وفي المسئلة لا بد من عدتين

باب الايلاء

هو حلف حاصل في النكاح او مضافا اليه لا بد من هذا التقييد كيلا يشكل
بما اذا قال لاجنبية والله لا اقربك خمسة اشهر ثم تزوجها قبل
مضي شهر فانه حينئذ تحقق منعه عن وطي الزوجة مدة الايلاء
والايلاء يمنع عن وطئها اي وطي الزوجة مدته اي مدة الايلاء
ومعنى منعه عدم امكان وطئها الا بما يلزم من شيء يشق عليه وهي للحرة
اربعة اشهر وللامة شهران فلا ايلاء لو حلف على اقل منها خلافا
لابن ابي ليلى فلو قال والله لا اقربك او لا اقربك اربعة اشهر
او ان اقربك فعلي حج او صوم او صدقة او عتق او طلاق
فعدا الى ان قربها في المدة حنث في عتق العبد المعين خلافا لابي يوسف
هو يقول يمكنه البيع ثم القربان وهما يقولان البيع موهوم
فلا يمنع المانعية فيه كذا في الهداية وعلى هذا يشكل ما ذكر من ان
المولى من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه وتجب الكفارة
في الحلف بالله وفي غيره الجزاء وبذلك يفارق الايلاء سائر الايمان
ويسقط الايلاء والا اي ان لم يقربها بانت بواحدة ويسقط الحلف
الموقت حتى لو نكحها ولم يقربها بعد ذلك لا تبين لا المؤبد حتى لو نكحها

ولم يقربها اربعة اشهر تبين ثانيا ثم ان نكحها ولم يقربها اربعة
اشهر تبين ثالثا وهذا معنى قوله فتبين باخرى ان مضت مدة اخرى
بعد نكاح ثان بلا فيء ثم اخرى كذلك بعد ثالث المراد من الفيء هنا
القربان وبقي الحلف اي المؤبد بعد ثلث لانه لم يقربها فلم ينحل اليمين
وهذا اذا كان الحلف بغير الطلاق وان كان به فلا يبقى بعد ثلث
لان التنجيز يبطل التعليق والمصنف انما لم يلتفت الى هذا التفصيل
لانه اعتبر المؤبد في الحلف بالله لا بالطلاق وان كان اصله على الطلاق
لا الايلاء فلو قربها اي لو نكحها بعد زوج آخر وقربها كفر لبقاء اليمين
ولا تبين بالايلاء اي لا تبين بمضي مدة اخرى بلا فيء بسبب الايلاء لعدم
بقائه كقوله والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين ايلاء
لا قوله بعد يوم اي لا ايلاء اذا قال والله لا اقربك شهرين ثم قال
بعد يوم والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين انما لم يكن
موليا في هذه الصورة لان حلفه في اليوم الاول كان على شهرين
وفي اليوم الثاني على اربعة اشهر الا يوما واحدا و والله لا اقربك سنة
الا يوما يعني بتفصيل وهو انه ان قربها ينظر فان بقي من السنة اربعة
اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء وبقاء المدة والا فلا
وقوله بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لانه يمكنه القربان
من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا ايلاء من مبانة لعدة الا ان
لمس باعتبار ما فيه من الامتناع من الوطء كما في قوله تعالى للذين يؤلون

من نسائهم فالمخطئ مخطئ واجنبية نكحها بعد ذلك الا مضافا
الى الملك بان يقول ان تزوجتك فوالله لا اقربك ذكره
في التبيين بخلاف مطلقة الرجعي فانها زوجة ولو عجز عن الفيء بالوطء
لمرض باحدهما او صغرها او رتقها او لمسيرة اربعة اشهر بينهما
ففيئه قوله فئت اليها وقال الشافعي لا يصح الفيء باللسان اصلا
واليه ذهب الطحاوي فلا تطلق بعده لو مضت مدته وهو عاجز
وان صح قبل مدته ففيئه بوطئه لانه خلف عن الجماع فيشترط فيه
العجز المستوعب للمدة وانت علي حرام ان نوى به الطلاق فبائن
وان نوى الظهار والثلث او الكذب فما نوى خلافا لمحمد في الظهار
وان نوى التحريم او لم ينو شيئا فايلاء وقيل وهو وكل حل علي
حرام وهرچه بدست راست گیرم بروی حرام طلاق بلا نية
قال في الهداية ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب
الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا
مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر ووجه الاستحسان
ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم فاذا سقط اعتباره
ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة
ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم فاذا نواها
كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب
ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال

وعليه الفتوى وبهذا التفصيل تبين فساد تعليل جواب المشايخ
بالعرف ثم قال في الهداية وكذا ينبغي في قوله حلال بروى حرام
للعرف واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروى حرام انه هل
يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف فالصحيح
ان يقيد الجواب ونقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا واما
من غير دلالة فالاولى ان نتوقف ولا نخالف المتقدمين
وبه يفتى **باب الخلع** الخلع مصدر خلع يخلع اذا قلع وازال واختص
في ازالة الزوجية بالضم وفي ازالة غيرها بالفتح كما ان التسريح عن
قيد النكاح اختص بالطلاق وعن غيره بالاطلاق فهو في الشرع
طلاق بعوض ذكره صاحب الهداية والتحفة مالي وان لم يصلح مهرا
كالاقل من العشرة ولا بأس به عند الحاجة والواقع به وبالطلاق على مال
او على مال بائن يعني الواقع بالخلع وبالطلاق الصريح اذا كان بعوض
يكون بائنا ويلزم البدل بقبولها وكره اخذه ان نشز واخذ الفضل
يعني الزائد على ما دفع اليها من المهر ان نشزت هذا هو المذكور
في الاصل وبه اخذ القدوري في الجامع انه لا يكره اخذ الفضل
ولو خلع او طلق بخمر او خنزير لم يجب شيء ووقع بائن في الخلع ورجعي
في الطلاق لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وفي
الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وان قالت خالعني على ما في يدي او على
ما في يدي من مال او من دراهم ففعل ولا شيء في يدها لم يجب شيء في الاول

وترد ما قبضت في الثانية وثلثة دراهم في الثالثة وان اختلعت
على عبد لها آبق على برائتها من ضمانه لم تبرأ لانه شرط فاسد
لكونه مخالفا لموجب العقد فيبطل ولا يبطل به الخلع لانه لا يبطل
بالشروط الفاسدة تسلمه ان قدرت وقيمته ان عجزت وان
طلبت ثلثا بالف او على الف فطلقها واحدة يقع في الاولى
بائنة بثلث الالف وفي الثانية رجعية بلا شيء هذا عنده
وقالا يقع بائن بثلث الالف في الثانية ايضا لان كلمة على
بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم
او على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط والمشروط لا يوزع
على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانها للعوض وان لم يجب المال
كان مبتدأ فيقع ويملك الرجعة وان قال طلقي نفسك ثلثا
بالف او على الف فطلقت واحدة لم يقع شيء لانه لم يرض
بالبينونة الا بسلامة الالف كلها له ولم تسلم بخلاف قولها طلقني ثلثا
بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها اولى
ان ترضى وان قال انت طالق وعليك الف او انت حرة
وعليك الف فقبلا او لا طلقت وعتقت بلا شيء هذا عنده
وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبلا وان لم تقبلا لا يقع
الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان
قولهم ولك درهم في احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم

وله انه جملة تامة فلا يرتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال
ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة
لانهما لا يوجدان بدونه والخلع معاوضة في حقها فيصح رجوعها
اي اذا كان الايجاب منها فرجعت قبل قبول الزوج يصح رجوعها
وشرط الخيار لها اختلعت بالف مثلا على انها بالخيار ثلثة ايام
صح شرط الخيار فان قبلت في الثلث تم الخلع وان ردت ارتد
هذا عنده وعندهما صح الخلع وبطل الشرط ويقتصر على المجلس اي
اذا كان الايجاب من قبلها لا يصح قبول الزوج الا في المجلس وبعكسه في
انما كان الخلع كذلك لان فيه معنى المعاوضة فان المرأة تبذل
المال لتسلم لها نفسها ومعنى اليمين لان اليمين تعبر عنه ذكر الشرط
والجزاء فالخلع تعليق الطلاق بقبولها وهذا من طرف الزوج فجعل
من جانبه يمينا ومن جانبها معاوضة فانعكس الاحكام اي اذا
كان من جهته لا يصح رجوعه قبل قبول المرأة ولا يصح شرط الخيار له ولا يقتصر
على المجلس فيصح ان قبلت المرأة بعد المجلس وطرف العبد في العتاق
كطرفها في الطلاق اي يكون من طرف العبد يمينا وهي تعليق العتق
بشرط قبول العبد فيراعى احكام المعاوضة في جانب العبد لا في
جانب المولى ولو قال طلقتك امس على الف فلم تقبلي وقالت
قبلت فالقول له ولو قال البايع كذلك فالقول للمشتري وجه
الفرق الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا

بالشرط لصحته بدونه ويكون القول له لانه ينكر الخلع والمرأة
تدعيه اما البيع لا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به
فانكار القبول رجوع منه ويسقط الخلع والمبارأة كل حق لكل
واحد منهما على الآخر مما يتعلق بالنكاح يعني الحق الثابت وقت الخلع
فلا ينتظم نفقة العدة لانها تجب بعد الخلع شيئا فشيئا فلا تسقط الا
بالذكر واما السكنى فلا يسقط به ايضا ثم ان ما ذكر عنده وقال
محمد لا يسقطان اي الخلع والمبارأة الا ما سمياه وابو يوسف
معه في الخلع ومع الشيخ في المبارأة واما النفقة الماضية فتسقط
بالفرقة باي وجه كانت ولا تاثير فيه للخلع والمبارأة وانما قال
مما يتعلق بالنكاح اذ لا يسقط بهما ما لا يتعلق به من الحقوق كثمن
ما اشترت من الزوج وان خلع صبية بمالها لم يجب عليها شيء ولا
مهرها وتطلق في الاصح وان خلعها انه ضامن صح وعليه المال وان
شرط المال عليها تطلق بلا شيء ان قبلت

باب الظهار

هو في اللغة مقابلة الظهر بالظهر ذكره في التبيين وفي الشرع
تشبيه عرسه او ما عبر به عنها او جزء شائع منها بعضو يحرم نظره
اليه من اعضاء محرمه نسبا او رضاعا او مصاهرة والحرمة باحد
هذه الوجوه لا تكون الا مؤبدة فلا حاجة الى ان يقال على التابيد
كانت علي كظهر امي او رأسك او نصفك ونحوه كظهر امي
او كبطنها او كفخذها او كفرجها او كظهر اختي او عمتي حكمه حرمة وطئها

ودواعيه وفي حرمة الدواعي خلاف الشافعي حتى يكفر وان وطي قبله
اي قبل التكفير استغفر للوطي الحرام فقط اي ليس عليه شيء آخر
من الكفارة او غيرها بسبب الوطي قبل التكفير وفيه رد لسعيد بن جبير
فانه قال يجب عليه كفارتان وللنخعي فانه يجب عليه ثلث كفارات ولا يطأها
ثانيا حتى يكفر والعود اي المذكور في نص الكتاب الموجب للكفارة
هو عزمه على وطئها العود شرط لوجوب الكفارة في الظهار اجماعا
غير ان العود عندنا عزمه على وطي المظاهر فيها وعند الشافعي سكوته
عن طلاقها في زمان يمكنه ان يطلقها وعند مالك الوطي نفسه كذا
في التبيين وليس هذا اي ما مر ذكره الا ظهارا سوآء نواه او نوى
طلاقا او ايلاء او لم ينو شيئا ولا يكون طلاقا ولا ايلاء وكذا
انت علي حرام كظهر امي اي لا يكون هذا ايضا الا ظهارا على كل التقدير
وقالا هو ما نوى غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا
وعند ابي يوسف يكونان جميعا وفي انت علي مثل امي او كامي ان نوى
الكرامة او الظهار صحت اي نيته وان نوى الطلاق بانت
وان لم ينو شيئا لغا وبانت علي حرام كامي صح ما نوى من طلاق او
ظهار وان لم ينو شيئا فايلاء عند ابي يوسف وظهار عند محمد
ذكره في الهداية وخص الظهار بعرسه فلم يصح من امته والامن
نكحها بلا اذنها ثم ظاهر منها ثم اجازت وبانتن علي كظهر امي لنسائه
يجب لكل كفارة وقال مالك يكفيه كفارة واحدة وفي عتق رقبة

وجاز فيه المسلم والكافر خلافا للشافعي والذكر والانثى والصغير
والكبير والاصم يجوز الاصم في جميع الكفارات استحسانا والقياس
ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان منفعة السمع مقصودة وقد فات
ذلك بالصمم وجه الاستحسان ان الصمم لم يفت منفعة السمع
اصلا ولهذا يسمع اذا صاح انسان في اذنه حتى لو كان بحال
لا يسمع اصلا لا يجوز لفوات جنس المنفعة كذا في الكافي ولا يجوز
ومقطوع يده ورجله من خلاف دل هذا القيد بمفهومه على ان من
قطع يده ورجله من جانب لا يصلح للكفارة ومكاتب لم يؤد شيئا
لقيام الرق من كل وجه خلافا للشافعي والقيد المذكور دل
بمفهومه على ان مكاتبا ادى بعض بدله لا يصلح الكفارة وشرى
قريبه بنية كفارة واعتاق نصف عبده ثم باقيه لا اعتاق نصف
عبد مشترك ثم باقيه بعد ضمانه وقالا يجزئه لان الاعتاق لا يتجزى
عندهما فيعتق جزؤ منه عتق كله فصار معتقا كل العبد وهو ملكه
الا ان المعتق اذا كان موسرا ضمن نصيب شريكه فيكون عتقا بغير
عوض فيجزئه وان كان معسرا سعى العبد فيكون عتقا بعوض فلا يجزئه
عن الكفارة وله ان النقصان تمكن في النصف الآخر لتعذر استدامة
الرق فيه وهذا النقصان حصل في ملك شريكه ثم انتقل اليه بالضمان ناقصا
النقصان لذهاب البعض بسبب العتق فجعل من الاداء ولا يمكن ذلك
ههنا لانه لا اداء قبل الملك فوضح الفرق لا يقال انه ملكه بالضمان

مستندًا الى زمان الاعتاق فحصل النقصان فى ملكه بهذا الاعتبار
لانا نقول الاستناد فى المضمونات يثبت فى حق الضامن والمضمون له
لا فى حق غيرهما فلا يثبت فى حق الاجزاء عن الكفارة ونصف عبده
عن تكفيره ثم باقيه بعد وطئ من ظاهر منها لان المامور به الاعتاق
قبل المسيس ولم يوجد لان اعتاق النصف وقع بعد المسيس هذا عنده
بناءً على تجزى الاعتاق وعندهما يجزئه لان اعتاق البعض
اعتاق الكل عندهما ومدبر وام ولد وفائت جنس المنفعة اى عدم
المنفعة المقصودة من المماليك لا المنفعة مطلقا فلا يرد النقض
بالخصى والمجبوب كالاعمى والمجنون لا يعقل احترز به عمن يجن ويفيق
والمقطوع يداه او ابهاماه او رجلاه وان عجز عن العتق صام
شهرين ولاء ليس فيهما شهر رمضان ولا الايام الخمسة المنهى صومها
وان افطر بعذر او بغيره او وطئها اى التى ظاهر منها انما قيد بها
لانها ان كانت غيرها لا يلزم الاستيناف فى الشهرين ليلا او نهارا
اراد النهار الشرعى فيدخل فيه ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس
ولو سهوا استانف الصوم لا الاطعام وان وطئها فى خلاله هذا
عندهما وقال ابو يوسف لا يستانف فيما عدا المفطر وهو الوطى
نهارا عمدا لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط
وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا تقديم البعض وفيما
قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط فى الصوم ان يكون قبل المسيس

وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم فيستانف
وان عجز عن الصوم اطعم هو او غيره باذنه لم يقل او نائبه اذ لا يلزم منه
اطعام الغير من ماله والكلام فيه ستين مسكينا كالفطرة
او قيمته خلافا للشافعى فانه لا يجوز دفع القيمة وان غداهم وعشاهم
واشبعهم فى كل منهما فلو كانوا شبعانين قبل الاكل لم يجزه ذكره فى التبيين
وان قل ما اكلوا او اعطى منّ بر ومنوى تمر او شعير او وحدا شهرين
جاز وقال الشافعى لا بد من التمليك كما فى الكسوة وفى يوم واحد
بشخص واحد قدر الشهرين لا الا عن يومه وان اطعم ستين مسكينا
كل صاع عن ظهارين لم يصح وعن افطار وظهار صح هذا عندهما
وقال محمد يجوز عن الظهارين لان المؤدى وفا بهما والمصروف اليه
محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق فى الدفع ولهما ان النية
فى الجنس الواحد لغو وفى الجنسين معتبرة واذا لغت النية فى الجنس والمؤدى
يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير يمنع النقصان
دون الزيادة فلا يقع عنهما كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف
ما اذا فرق فى الدفع لانه فى الدفعة الثانية فى حكم مسكين آخر كصوم
اربعة اشهر او اطعام مائة وعشرين مسكينا او اعتاق عبدين عن
ظهارين وان لم يعين واحدا لواحد لان الجنس فى الظهارين
متحد فلا يجب التعيين وفى اعتاق عبد عنهما وصوم شهرين له ان
يعين لاى شاء وان عتق مؤمنا لا بد من هذا القيد اذ لو كان

كافر اجاز عن الظهار استحسانا لان الكافر لا يصلح لكفارة القتل
فتعين للظهار ذكره في التبيين عن قتل وظهار لم تجزه عن واحد
منهما عند ائمتنا الثلثة وعند زفر لا تجزئه عن احد منهما في كفارتي
ظهار ايضا وعند الشافعي تجزئه عن احدهما في الفصلين ولو حرر
عبد ظاهر بالصوم فقط لا سيده بالمال عنه لانه ليس من اهل
الملك فلا يصير مالكا بتمليكه والكفارة عبادة فبفعل الآخر لا يكون
فعله **باب اللعان** هي شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة
باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها
وعند الشافعي هي ايمان مؤكدات بلفظ الشهادة من قذف
بالزنا زوجته العفيفة اي عن فعل الزنا وتهمته وتفسير العفة
عن الزنا على ما وقع في البدايع هو ان لا يكون المقذوف وطئ
في عمره وطئا حراما في غير ملك ولا نكاح فاسد فسادا مجمعا عليه في
السلف فان كان فقد سقطت عفتها سواء كان الوطئ موجبا
للحد او لم يكن ومعنى عفتها عن تهمة الزنا هو ان لا يكون معها امارة
الزنا كولادة ولد ليس له اب معروف ووجوده معها ليس
بشرط ثم انه استغنى بالقيد المذكور منضما الى قوله وكل صلح شاهدا
على المسلم عن اشتراط كونها ممن يحد قاذفها والمراد بصلاحية
الشهادة الاهلية لادائها فلا يخرج به الفاسق وذلك ظاهر وكذا
الاعمى قال الامام السرخسي في المبسوط وكذا الاعمى من اهل الشهادة

الا انه لا تقبل شهادته لنقصان في ادائه وهو انه لا يميز بين
المشهود له والمشهود عليه الا بالصوت والنغمة واستدل في
شرح الطحاوي على كونه اهلا لاداء الشهادة بانه لو قضى القاضي بشهادته
جاز يعني فيما يجوز الشهادة عليه بالشهرة والتسامع صرح به في الخلاصة واما
المحدود في القذف فلا يجوز القضاء بشهادته اصلا لخصم لو قضى
بشهادته ينفذ القضاء لكن الكلام في الجواز فانه امر آخر وراء النفاذ
فاحفظ هذا فانه مما زل فيه الاقدام وضل في دركه الافهام
او نفى ولدها لكن لا على وجه يرجع الى انكار الولادة كما اذا قال
ليس هذا ابني ولا بابنك فان ذلك لا يوجب الحد ولا اللعان
وطالبته اي بموجب القذف لاعن ان عجز عن الحجة قال
في التحفة امر القاضي الزوج باقامة البينة فان عجز عنها يحكم باللعان
فان ابى حبس حتى يلاعن او يكذب نفسه ههنا غاية اخرى ينتهي
الحبس عندها ايضا وهي ان تبين عنه بطلاق او غيره ذكره
الامام السرخسي في المبسوط فيحد لا يجوز العفو والابراء
والصلح فان لاعن لاعنت والا حبست حتى تلاعن او تصدقه
لا يجب عليها الحد بهذا التصديق ولا ينتفي نسب ولدها عنه ان
كان اللعان بنفيه قال في شرح الطحاوي رجل له امرأة جاءت
بولد فنفاه فقال هذا الولد ليس مني او قال هذا الولد من
الزنا سقط اللعان بينهما بوجه من الوجوه فانه لا ينتفي النسب

سوآء وجب عليه الحد او لا يجب وكذلك اذا كانا من اهل اللعان
ولم يتلاعنا وان كان هو عبدا او كافرا صورته ان يكونا
كافرين واسلمت المرأة فقذفها زوجها قبل ان يعرض عليه
الاسلام او محدودا في قذف حُدّ لانه ليس من اهل اللعان
لعدم الاهلية للشهادة وان صلح هو شاهدا وهي امة او كافرة
او محدودة في قذف او صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه
ولا لعان اما عدم الحد فلامتناع اللعان من جهتها على ما صرح به في
الهداية وذلك ان موجب القذف في حق الزوج عندنا اللعان
وانما يصار الى الحد عند تعذر اللعان لا من جهتها واما عدم اللعان
فلعدم اهليتها للشهادة وعدم عفتها وصورته ان يقول هو
اولا اربع مرات اشهد بالله اني صادق فيما رميتها به من
الزنا وفي الخامسة لعنة الله عليه ان كان كاذبا فيما رماها
من الزنا مشيرا اليها في جميعه ثم تقول هي اربع مرات اشهد
بالله انه كاذب فيما رماني به من الزنا وفي الخامسة غضب الله
عليها ان كان صادقا فيما رماها به من الزنا ثم يفرق القاضي
بينهما فان قذف بنفي الولد او به وبالزنا ذكرا ما فيه اي في
ما قذفت ثم يفرق القاضي وينفي نسبه بذلك التفريق عندهما وينفي
الصريح عند ابي يوسف قاله في المبسوط وهو الصحيح ويلحقه بامه وبين
بطلقة فان اكذب نفسه حُدّ وحل له نكاحها خلافا لابي يوسف وانما قال

اوحُدّ ولم يقل وحُدّ لان مبنى الحل احد الامرين تكذيبه نفسه وان
لم يحد وكونه محدودا ولو في قذف غيرها وانما حل نكاحها له
لعدم بقاء اللعان بينهما وكذا ان قذف غيرها فحُدّ او زنت
انما لم يقل فحدت لعدم الحاجة اليه فانها بمجرد الزنا خرجت عن اهلية
اللعان شرط لبقاء حكمه ولا لعان لقذف الاخرس ونفي الحمل
وان ولدت لاقل من ستة اشهر هذا عند ابي حنيفة وزفر
خلافا لهما انها اذا ولدت لاقل من ستة اشهر تبين انه كان موجودا
وقت النفي وله انه لا يتيقن في الحال لوجود الحمل فلم يصر قاذفا واذا لم
يكن قاذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط والقذف لا يصح تعليقه
بالشرط وبزنيت وهذا الحمل منه تلاعنا ولا ينفي القاضي الحمل لا لان
تلاعنهما كان بسبب قوله زنيت لا لنفي الحكم بل لانه حكم على الحمل والاحكام
لا تثبت له ولا عليه قبل الولادة قال الاقطع لا ينفي نسبه وهو
حمل عند اصحابنا جميعا وعلله بما ذكرنا وان نفي الولد زمان التهنئة
وشرى آلة الولادة صح وبعده لا هذا اذا كان حاضرا واما اذا
كان غائبا فحيث بلغه الخبر فعنده هو كوقت الولادة ولاعن في حالتيه
ارادبهما حال صحة النفي وحال عدمها ومن ههنا ظهر ان اللعان بنفي
الولد قد يتحقق ولا ينفي النسب فقوله فيما سبق وينفي نسبه ليس على اطلاقه
وان نفي اول التوأمين واقر بالآخر حُدّ لانه اكذب نفسه بدعوى
الثاني لانهما مخلوقان من ماء واحد وفي عكسه لاعن لانه قذف

بنفي الكل ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف وصح
نسبهما في الوجهين لاعتراف احدهما وصحّ من ماءٍ واحدٍ

باب العنين

وغيره هو من لا يقدر على الوطي او يصل الى الثيب دون البكر
او لا يصل الى امرأة بعينها فحسب انما يكون ذلك لآفة به او الضعف
في خلقته او لكبر سنه او للتأخيذ بسحر ان اقرانه لم يصل اجله الحاكم
ان طلبته اي طلبت المرأة التأجيل وهذا اذا لم يعلم وقت النكاح
انه عنين سنة قمرية مدتها ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وثلث
عشر يوم في الصحيح رد لما روى الحسن عن ابي حنيفة انه يؤجل سنة
شمسية وهي مدة وصول الشمس الى النقطة التي فارقتها من فلك
البروج وذلك على ما ذكره ابو معشر البلخي في المدخل الكبير واسنده
الى بطلميوس ثلثمائة وخمس وستون يوما وربع يوم غير جزء من
ثلثمائة جزء يوم ولا تعيين في ظاهر الرواية بل اطلق فيها السنة
فحمل بكلهم حمل المطلق على المتعارف على السنة القمرية ذكره في الذخيرة
ومختارات النوازل ورمضان وايام حيضها منها لا مدة مرضه
ومرضها فان لم يصل بامره القاضي بالتفريق بينهما ان طلبته اي ان طلبت
المرأة التفريق فان ابى اي الزوج فرق القاضي وتبين بطلقة
ولها كل المهر ان خلا بها وتجب العدة وان اختلفا اي الزوجان
ابتداء لا بعد التأجيل وكانت ثيبا او بكرا فنظرن فقلن ثيب
حلف فان حلف بطل حقها وان نكل او قلن بكر اجل ولو اجل ثم
اختلفا فالتقسيم هنا كما مر فيه مساهلة لان التأجيل لا يكون
الا بعد ما ثبت بشهادة النساء انها بكر او ثبت انها ثيب الا انه
نكل عن الحلف فبعد ذلك لا مجال لايراد التقسيم الا ما ذكره تتمة
نعم يرد بعض اقسامه ويبطل حقها بحلفه حيث بطل ثمة كما لو اختارته
وخيرت هنا حيث اجل ثمة والخصي كالعنين فيه اي في التأجيل
وفي المجبوب فرق حالا اي في الحال بطلبها اذ لا فائدة في تأجيله
بخلاف الخصي فان الوطي منه متوقع ولا يتخير احدهما بعيب الآخر
خلافا للشافعي في العيوب الخمسة اذا كانت بالمرأة وهي الجنون
والجذام والبرص والقرن والرتق وعند محمد ان وجدت زوجها
مجنونا او مجذوما او ابرص فلها حق الفرقة ان كان لا تطيق المقام
معه ذكره في الحقائق وان وجد زوجته كذلك لا لانه يمكن ان يدفع
الضرر عن نفسه بالطلاق

باب العدة

هي في الشرع اسم لاجل
ضرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح هذا عندنا وعند الشافعي
هي اسم لفعل التربص وهو فعل الكف كذا في البدائع او الغرائب
لا بد منه لينتظم عدة ام الولد الحرة تحيض للفرقة سواء كان بالطلاق
او بالفسخ او بالرفع اعلم ان النكاح بعد تمامه لا يحتمل الفسخ عندنا
فكل فرقة بغير طلاق قبل تمام النكاح كالفرقة بخيار البلوغ والفرقة
بخيار العتق والفرقة لعدم الكفاءة فسخ وكل فرقة بغير طلاق
بعد تمام النكاح كالفرقة بملك احد الزوجين للآخر والفرقة بتقبيل

ابن الزوج ونحوه رفع وهذا واضح عند من له خبرة في هذا الفن
ثمت حيض كوامل فلا عبرة للناقص لا ابتداء ولا انتهاء كأم
ولد مات عنها مولاها او اعتقها لتحقق السبب والشرط وهما الفراش
وزواله وموطوءة بشبهة كالتي زفت الى غير زوجها فوطئها
او نكاح فاسد كالنكاح بغير شهود وفي الموت والفرقة يتعلق بالصورتين
معًا على وجه التوزيع ولمن لا تحيض حرة كانت او امة لصغر
او كبر لم يقل لم تحض لكان اوكبر او بلغت بالسن ولم تحض ثلثة اشهر
اي العدة لمن لا تحيض لما ذكرنا من الاسباب ثلثة اشهر وللموت
عطف على قوله للفرقة اربعة اشهر وعشر ولا تحيض حيضا ان
ولمن لا تحيض او مات عنها زوجها نصف ما للحرة وللحامل الحرة او
الامة وان مات عنها صبي وضع حملها وان كان الموضوع سقطا
استبان بعض خلقه ان كان زوجها الميت صبيا فعدتها
بوضع الحمل عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف والشافعي عدتها
عدة الوفات لان العدة بالوضع لصيانة الماء وذلك في ثابت
النسب وهنا لا يثبت النسب عن الصبي ولهما ان قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن الآية نزلت بعد قوله تعالى
والذين يتوفون منكم الآية ناسخا له في مقدارها ثبتنا وله الا ان
وهو حامل توفي عنها زوجها ولمن حبلت بعد موت صبي عدة الموت
لعدم الحمل وقت الموت ولانتفاء نسبه ولامرأة الفار للبائن

ابعد

ابعد الاجلين من عدة الوفاة وقال ابو يوسف تعتد عدة الفرقة
وهو القياس وللرجعي بالموت ولمن اعتقت في عدة رجعي كالحرة
وفي عدة باين او موت كالامة وآيسة رأت الدم بعد عدة
الاشهر تستانف بالحيض كذا ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي وذكر
الشيخ ابو الحسين القدوري ان ما ذكره ابو الحسن ظاهر الرواية التي
لم يقدر فيها الاياس تقديرا بل هو على غالب الظن لانها
لما رأت الدم دل على انها لم تكن آيسة فلا تعتد بالاشهر لانها بدل
فلا يعتبر مع وجود الاصل واما على الرواية التي وقتوا للاياس
وقتا اذا بلغت ذلك الوقت ثم رأت الدم بعده لم يكن
ذلك الدم حيضا كالدم التي تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها
ولذا قال الجصاص ان ذلك في التي ظنت آيسة فاما الآيسة
فما تراه من الدم لا يكون حيضا قوله بعد عدة الاشهر اي
بعد انقضائها يفصح عن ذلك تعليلهم القائل لانه تبين انها
من ذوات الاقراء كما تستانف بالشهور من حاضت حيضة
ثم ايست يعني تستانف بها بعد الحيضة التي رأتها نص عليه في
المبسوط حيث قال لو حاضت حيضة ثم ايست اعتدت بالشهور
ثلثة اشهر بعد الحيضة لان اكمال الاصل بالبدل غير ممكن فلا بد
من الاستيناف انتهى ولا مجال لاحتساب وقت الحيضة
من العدة من حيث انه وقت لان الاعتداد بالاشهر للآيسة وهي

ليست بآيسة وقيد وعلى معتدة وطئت بشبهة عدة اخرى وتداخلتا
وتحيض تراه اى بعد الوطئ بالشبهة منهما اى من العدتين وقال
الشافعي لا تتداخلان ومحل الخلاف العدتان من الرجلين اذ لو كانتا
من واحد تنقضيان بعدة واحدة في احد قوليه وفي قوله الآخر لا تجب
بالسبب الثاني اصلا فلا يتصور الخلاف كذا في المبسوط والنهاية فاذا تمت الاولى
دون الثانية يجب اتمامها صورتها ابانها الزوج فحاضت حيضة فوطئها
هو او غيره بشبهة فعليها عدتان والحيضة الاولى من العدة الاولى
وحيضتان بعدها تكونان من العدتين وتمت الاولى ولا بد من حيضة
رابعة لتتم الثانية وتنقضي عدة الفرقة والموت وان جهلت بهما
اى الفرقة والموت ومبدؤها عقيبهما وفي نكاح فاسد عقيب تفريقه
او اظهار عزمه ترك الوطئ وذلك بان يقول تركتك او خليت سبيلك
او نحو ذلك لا بمجرد العزم ذكره في التبيين وقال زفر من آخر الوطئات
ولو قالت انقضت عدتي وكذب حلفت اى القول قولها مع اليمين
ولو نكح معتدته من بائن وطلق قبل وطئ فعليه مهر تام وعدة مستقبلة
هذا عندهما وقال زفر لها نصف المهر والمتعة ولا عدة عليها وقال محمد
لها نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى لزفر وهو القياس ان العدة
الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب العدة بعد الطلاق الخ ولا كمال المهر لانه
قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير ان اكمال العدة الاولى وجب بالطلاق
الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الخ فاذا ارتفع بالطلاق الخ ظهر حكمه

ولهما ان الوطئ قبض فهي مقبوضة في يده بالوطئ الاول لبقاء اثره
وهو العدة فاذا اعقد عليها ثانيا ناب القبض الاول عن القبض المستحق
ولا عدة على ذمية طلقها ذمي ان لم تجب في معتقدهم هذا عنده وعندهما
تجب مطلقا ولا حربية خرجت الينا مسلمة وتحد معتدة البائن خلافا
للشافعي والموت كبيرة مسلمة حرة كانت او لا قوله او لا عطف على قوله حرة
بترك الزينة ولبس المزعفر والمعصفر والحناء والطيب والدهن والكحل الا لعذر
لا معتدة عتق هي ام ولد اعتقها مولاها ونكاح فاسد لانه لاظهار
التأسف على فوات نعمة النكاح ولم يعنتها نعمة النكاح ولا تخطب معتدة
الا تعريضا قال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج
ولا تخرج معتدة الرجعي والبائن من بيتها اصلا وتخرج معتدة الموت
في الملوين وتبيت في منزلها اذ لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج بخلاف
المطلقة لان النفقة دارة عليها وتعتد في منزلها وقت الفرقة
والموت الا ان تخرج او خافت تلف مالها او الانهدام او لم تجد كراء
البيت ولا بد من سترة بينهما في البائن وان ضاق المنزل عليهما
فالاولى خروجه وكذا مع فسقه وحسن ان يجعل بينهما قادرة
على الحيلولة اى ان يجعل القاضي امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فهو حسن
ولو ابانها او مات عنها في سفر وليس بينها وبين مصرها مسيرة سفر رجعت
ان كانت بينها وبين مصرها ثلث والا خيرت قال في التحفة وان
كان من كل جانب اقل من مدة السفر كان لها الخيار اذ ليس انشاء

السفر وفي عكس الاول اي اذا كان بينها وبين مصرها مسيرة
سفر وبينها وبين مقصدها اقل مضت ذكره في المصنف ولا فرق
في هذه الصورة بين كونها في موضع يصلح للاقامة وكونها في غيره
على ما افصح عنه صاحب التحفة وكذا ان كانت تلك من كل جانب
ان لم يكن في مصر معها محرم اولا والعود احمد قال في التحفة وان
كانت في موضع لا يصلح للاقامة وتخاف على نفسها او مالها ان شاءت
مضت وان شاءت رجعت لاستواء الامرين لكن اذا بلغت الى
ادنى الموضع الذي يصلح للاقامة فهو على الخلاف الآتي ذكره وان
كانت فيه تعتد ثمه معها محرم اولا هذا عنده خلافا لهما في الاول
وقال في التحفة اقامت في ذلك الموضع واعتدت وان مضت عدتها
عنده وعلى قولهما ان لم يكن بها محرم فكذلك وان كان بها محرم مضت
على سفرها

باب ثبوت النسب والحضانة

من قال ان نكحتها
فهي طالق فنكحها فولدت لنصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها
اما النسب فلانها فراشه وهو متصور لانها لما ولدته لستة اشهر من
وقت النكاح فقد ولدته لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق
قبله في حال النكاح فان قيل لا مساغ للوطي في هذا العقد لوقوع
الطلاق قبله من غير مهلة فوجب ان لا يثبت نسبه منه قلنا هذا
هو القياس وهو قول زفر وقول محمد الاول وفي الاستحسان
يثبت وهو قول محمد الاخير لان النسب يحتاط لاثباته وقد امكن

ذلك

ذلك لانه حكمه وحكم الشيء يعقبه فصار كتزوج المغربي المشرقية
وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها
للامكان العقلي وهو ان يصل اليها بخطوة كرامة واما المهر فلانه
لما ثبت النسب منه تحقق الوطي منه حكما وهو اقوى من الخلوة فتأكد به
المهر لا يقال كان ينبغي ان يجب عليه مهران مهر بالوطي ومهر بالنكاح
كما اذا تزوج امرأة في حال يطأها كان عليه مهران لانا نقول انه حسب
ما ذكر في تصحيح ثبوت النسب حل الوطي ووجوب العقر به على تقدير
حرمته ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي وان جاءت لاكثر من سنتين
ما لم تقر بانقضاء العدة لاحتمال العلوق في العدة لجواز ان يكون
ممتدة الطهر اما لو اقرت بانقضائها ثم ولدت وبين وقت
الاقرار والولادة اكثر من ستة اشهر لا يثبت النسب على ما ياتي انه انما
يثبت اذا كان بين تينك المدتين اقل من نصف سنة وبانت
في الاقل لانقضاء العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق في
النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق
ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وراجع في الاكثر لان العلوق
بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا
ومبتوتة بالجر عطف على معتدة الرجعي وهي المطلقة طلاقا بائنا
او ثلاثا ولدته لاقل منهما اي من سنتين من وقت البينونة الى وقت
الولادة لاحتمال قيام الولد وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال

الفراش فيثبت النسب احتياطاً وان ولدت لتمامهما لا الا بدعوة
ويحمل على وطئها بشبهة في العدة ومراهقة اي يثبت نسب ولد
مطلقة مراهقة وهي صبية تجامع مثلها وسنها يحتمل البلوغ
ولم يظهر بلوغها بعد ان اتت به لاقل من تسعة اشهر من وقت
الطلاق ولتسعة لا ان لم تدع الحبل لا بد من هذا القيد
وقد اهمل في الهداية وغيره من الكتب ثم ان المسئلة تحتاج الى
بسط وتفصيل وقد اوفى حقه صاحب الحقائق حيث قال طلق
رجل امراته الصغيرة بعد الدخول بها فولدت فهذا لا يخلو اما ان
اقرت بانقضاء العدة عند مضي ثلثة اشهر او لم تقر والطلاق
رجعي او بائن فان اقرت بانقضاء العدة عند مضي ثلثة اشهر
ثم ولدت لاقل من ستة اشهر منذ اقرت يثبت نسب ولدها منه
للتيقن بالخطاء في اقرارها وان ولدت لاكثر منها لا يثبت وهو من علوق
حادث والرجعي والبائن في هذا سواء وان اقرت بالحبل فان
كان بائناً يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان
كان رجعياً يثبت الى سبع وعشرين شهراً ويصير مراجعاً اذا
ولدت في الثلثة الزائدة على السنتين اما اذا لم تقر بشيء فعند ابي يوسف
سكوتها كاقرارها بالحبل حيث لم تقر بانقضاء العدة بمضي ثلثة
اشهر والبلوغ قد يكون بالحبل فتتعين فيثبت في البائن الى سنتين
وفي الرجعي الى سبعة وعشرين شهراً وعند ابي حنيفة ومحمد سكوتها

كالاقرار

كالاقرار بانقضاء العدة بثلثة اشهر لتعينها عدة للصغيرة فان
جاءت به لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق يثبت وان لاكثر
منها لا يثبت رجعياً كان او بائناً قال في زواية الدعاوي
والبينات لصاحب المحيط الا ان الذي ذكرنا في صغيرة يتوهم منها الحبل
واما في صغيرة لا يتوهم منها الحبل فقوله كقولهما قاله شيخ الاسلام
ومعتدة اطلقها ليتناول معتدة الوفاة ومعتدة الطلاق
رجعياً كان او بائناً او ثلاثاً اقرت بمضي العدة وولدت
لاقل من نصف سنة اي من وقت الاقرار على ما ذكر في الهداية
لا من وقت الطلاق كما توهم لان مدار ظهور الكذب
بيقين على ما ذكرنا لا على ما ذكره كيف فانه لو مضى اقل مدة الحمل بين
الطلاق والوضع ولم يمض بين الاقرار والوضع يكون ظهور
الكذب بيقين على حاله وههنا شرط آخر ذكره فخر الاسلام وغيره
وهو ان يكون الولادة لاقل من سنتين منذ بانت وفي الرجعي
كيف كان ولنصفها لا اذ حينئذ لا نعلم بطلان الاقرار لعدم
ظهور الكذب بيقين لاحتمال الحدوث بعده بخلاف الاول ومعتدة
ظهر حبلها او اقر الزوج به ان كانت من طلاق رجعي او بائن
او صدقها الورثة وولدت لاقل من سنتين لا بد من تقييد به
في ثبوت الولادة ومن كون الولادة لاقل من سنتين لا
في ثبوت النسب لانه بقيام الفراش وقيامه بعدم انقضاء العدة

ان كانت من وفاة او ثبتت ولادتها بحجة تامة اى بشهادة
رجلين او رجل وامرأتين هذا عنده وقالا يثبت نسبه بشهادة
القابلة اعلم ان شهادة القابلة لابد منها لتعيين الولد اجماعاً
في هذه الصور كلها على ما نص عليه صاحب ملتقى البحار واشير اليه في
الهداية بقوله والتعيين يثبت بشهادتها وانما الخلاف في ثبوت
النسب بمجرد شهادتها ثم قيل تقبل شهادة الرجلين ولا يفسقان
بالنظر الى العورة اما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا
او للضرورة كما في شهود الزنا ومنكوحة اتت به لستة اشهر
اى من وقت النكاح اقر به الزوج او سكت فان ثبوت نسب
ولد المنكوحة لا يحتاج الى الاقرار وان جحد ولادتها ثبت نسبه بشهادة
امراة عليها اى على الولادة قيل يعني ان نفاه اى بعد ذلك ثم
ان وجوب اللعان لا يتوقف على ثبوت النسب لانه يجب بالقذف
الحاصل بنفي نسبه منه سواء ثبت او لا ولاقل منها لا نسب عطف على قوله
لستة اشهر فانه اذا كان بين النكاح والولادة اقل من ستة اشهر
لا يثبت النسب وان ولدت وادعت النكاح منذ ستة اشهر وادعى الزوج
الاقل صدقت اى القول لها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها
فانها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح ويجب ان يستحلف عندهما
خلافاً له لان الاستحلاف في النسب وهي من الستة المختلف فيها و
موضعها كتاب الدعوى ولو علق طلاقها بولادتها فشهدت امراة

بها لم يقع هذا عنده وقالا يقع لان شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه
الرجال ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو
الطلاق وله انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا
لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق
لانه ينفك عنها وان اقر بالحبل سواء كان اقراره قبل التعليق
او بعده او كان ظاهراً ذكره في النهاية يقع بلا شهادة
هذا عنده وقالا يشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة
لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه وله ان الاقرار بالحبل
اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة واكثر مدة الحمل سنتان وعند
الشافعي اربع سنين واقلها ستة اشهر ومن نكح امة
فطلقها غير اثنتين فشراها فان ولدت لاقل من ستة اشهر
منذ شراها لزمه والا فلا لانه في الاول ولد المعتدة فان
العلوق سابق على الشراء وفي الثاني ولد المملوكة لانه يضاف
الحادث الى اقرب اوقاته فلا بد من دعواه وانما قال غير اثنتين
لانه حينئذ يثبت الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت
حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء
ذكره في الهداية ومن قال لامة ان كان في بطنك ولد فهو مني
فشهدت امراة على الولادة فهي ام ولده لانه يثبت بدعوته
والولادة يثبت بشهادة القابلة قال في الهداية لان الحاجة

ما سنة الى تعيين الولد وفيه نظر او لطفل عطف على قوله لامة
هو ابني ومات فقالت امه هو ابنه وانا زوجته ورثاه ان
عرف امومتها وهي حرة لان النكاح الصحيح هو المتعين لذلك
وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام
الولد لا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع
الرق لا في استحقاق الارث كذا في الهداية والا اي ان لم يعرف
امومتها او لم تكن هي حرة يرث هو لا هي ان جحد الوارث
احدهما اي ان جحد الامومة او الحرية والحضانة هي القيام على
الصغير في تربيته للام بلا جبر لما قال الفقيه ابو جعفر والفقيه ابو الليث
تجبر الام والفتوى على الاول طلقت او لا ثم لام امها وان علت
ثم ام ابيه خلافا لزفر فان الخالة اولى منها عنده ثم اخت لاب
وام ثم لام ثم بنت اخته لاب وام ثم بنت اخته لام قال قاضي خان
لم يختلف الرواية في ترتيب هذه الجملة ثم لاب ثم خالته كذلك
ثم عمته كذلك وهذا لان الاصل في هذا الباب الام فالقرابة من جهتها
مقدمة على القرابة من جهته بشرط حريتهن فلا حق لامة وام
ولد في الحضانة والذمية كالمسلمة في ولدها المسلم ما لم يعقل دينا
او يخاف ان يألف الكفر قوله او يخاف بمعنى الى ان يخاف كما في
قولهم لالزمنك او تعطيني حقي اي ان تعطيني حقي وبنكاح غير ذي
رحم محرم منه سقط حقها وبذي رحم محرم لا كام نكحت عمه ويعود

بزوال النكاح وسقط به فان طلقت رجعيا لا يعود حقها حتى
تنقضي العدة لعدم زوال النكاح قبله ثم العصبات على ترتيبهم يعني
في الارث لكن لا تدفع صبية الى غير محرم كمولى العتاقة وابن العم
ولا فاسق ماجن ولا يخير طفل خلافا للشافعي والام والجدة
احق بالابن حتى يأكل ويشرب ويلبس ويستنجي وحده
قدر الخصاف بسبع سنين والرازي بتسع سنين والفتوى
على الاول وبالبنت حتى تحيض وعن محمد يعني في نوادر هشام
حتى تشتهى وبه يفتى في زماننا لفساده وغيرهما اي غير الام والجدة
احق بالبنت حتى تشتهى قال الفقيه في النوازل انها لا تشتهى
حتى تبلغ تسع سنين وعليه الفتوى ولا تسافر من المصر مطلقة
بولدها الا الى وطنها الذي نكحها فيه انما قال من المصر لان
لها ان تنتقل به من قرية المصر لان فيه نظرا له ذكره في الهداية
وهذا اي الحكم المذكور للام فقط اي ليس لغيرها ان تنقله
الا باذن الاب حتى الجدة **باب النفقة** تجب هي والكسوة
والسكنى على الزوج ولو صغيرا لا يقدر على الوطي لعرس سلمت نفسها
لم يقل في منزله كما في الهداية لانه ليس بشرط على ما ستقف عليه
مسلمة او كافرة كبيرة او صغيرة تستمتع لم يقل توطأ لان
العبرة في هذا الباب للاستمتاع وهو يوجد مع تعذر الوطي كما
في الرتقاء بقدر حالهما في الموسر نفقة اليسار وفي المعسر

نفقة العسار وفي الموسر والمعسر بين الحالين هذا اختيار الخصاف
وعليه فتوى شمس الائمة في شرح كتاب النفقات وظاهر الرواية من
اصحابنا اعتبار حال الرجل في اليسار والعسار دون حال المرأة وفيه
صرح محمد في الاصل والحاكم في الكافي وهو قول الشافعي كذا في غاية البيان
ولو هي في بيت ابيها الا اذا طالبها بالنقلة وامتنعت عن الانتقال
بغير حق او مرضت في بيت الزوج لا الناشزة وهي المانعة نفسها عنه
بغير حق لا عبرة للخروج من بيته دل على ذلك ما في المبسوط من انها
اذا ابت ان تتحول معه الى منزله او الى حيث يريد من البلدان وقد
اوفاها مهرا فلا نفقة لها لانها ناشزة وانما قال بغير حق لانها
اذا امتنعت نفسها بحق كما اذا لم يعطها المهر المعجل لم تكن ناشزة
ومحبوسة بدين او بحق ذكره الخصاف في ادب القاضي ومريضة
لم تزف ومغصوبة كرها انما قال كرها لان المغصوبة طوعا داخلة
تحت حد الناشزة وحاجة لا معه ولو كانت معه فلها نفقة الحضر لا السفر
ولا الكراء وعليه موسرا نفقة خادم واحد لها انما قال لها اذا لم يكن
لها خادم لا تستحق نفقة الخادم في ظاهر الرواية فقط هذا عندهما
وقال ابو يوسف عليه نفقة خادمين احدهما لمصالح الداخل والآخر
لمصالح الخارج وهما يقولان الواحد يقوم بهما وقالوا انما يفرض
نفقة الخادم اذا كانت من بنات الاشراف ولم يأتها بطعام
مهيأ، لا معسرا هذا على رواية الحسن عن ابي حنيفة وقوله في الصحيح

ترجيح له على ما قال محمد يجب على المعسر نفقة الخادم ولا يفرق بينهما لعجزه
عنها العجز عن الانفاق لا يوجب حق التفريق خلافا للشافعي فانه
قال القاضي يفرق بينهما بالعجز عن النفقة ان طلبت الفرقة وهذا
فيما اذا كان حاضرا وثبت عساره عند القاضي واما اذا كان
غايبا فالتفريق عنده لعدم ابقائه حقها من النفقة ولو كان موسرا
لا العجز عن النفقة صرح بهذا في غاية القصوى فلا يرد عليه ما في الذخيرة
من ان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون
هذا تركا لا تفاق لا العجز عن الانفاق ويؤمر بالاستدانة عليه
تفسير الاستدانة على ما ذكره الخصاف ان اشترى طعاما بالنسيئة
ليقضي الثمن من مال الزوج ومن فرضت لعساره فايسر تمم نفقة
يساره يعني النفقة التي حال كونه موسرا وان كان تقديرها باعتبار
حالها ايضا فلا ينافي لما مر ان طلبت وسقط نفقة مدة مضت
الا اذا سبق فرض قاض او رضي بشيء فتجب لما مضى ما داما حيين
زوجين فان مات احدهما او طلقها قبل قبض سقط المفروض
وقال الشافعي لا تسقط بالموت بل تصير دينا عليه الا اذا استدانت
بعد فرض قاض لم يقل بامر قاض لان الشرط كونها بعد فرضه لا
كونها بامره ومن هنا ظهر ان فائدة الاستدانة غير منحصرة في امكان
احالة الغريم على الزوج كما يوهمه عبارة الهداية ولا تسترد معجلة فانما
خصها بالذكر لمكان الخلاف فيها ويظهر الحكم في غيرها بطريق الاولى

بموت احدهما مات احد الزوجين وقد عجل لها نفقة شهر او سنة
ولم تمض المدة بعد والنفقة قائمة او مستهلكة يسترد بقدر ما بقي
من المدة عند محمد وعندهما لا يسترد شيء ولو كانت النفقة
هالكة من غير استهلاك لا يسترد شيء عندهم من الحقائق ونفقة
عرس القن عليه يباع فيها ان لم يفد المولى لان حقها في النفقة
لا في غير الرقبة مرة بعد اخرى اي لو اجتمع عليه اخرى بعد ما بيع
مرة في النفقة يبيع ثانيا وكذا ثالثا ورابعا وفي دين غيرها
يباع مرة والفرق ان النفقة يتجدد في كل زمان فيكون دينا
آخر حادثا بعد البيع ولا كذلك سائر الديون ويجب سكناها
في بيت لنفس احد من اهله ولو ولده من غيرها الا برضاها وبيت
مفرد في دار له غلق كفاها وله منع والديها وولدها من غيره من
الدخول عليها بناء على ان البيت في يده فله المنع من الدخول
لا من النظر اليها وكلامها متى شاء والا ان يكون في ذلك
فتنة بان يخاف عليها الفساد فله ان يمنعهم من ذلك ايضا
ذكره في البدائع وقيل لا يمنع من الخروج الى الوالدين ولا من
دخولهما عليها كل جمعة وفي محرم غيرهما كل سنة هو الصحيح كذا في الهداية
وفي الخانية وعليه الفتوى ويفرض نفقة عرس الغائب وطفله و
ابويه في ماله من جنس حقهم كالدراهم والدنانير والطعام والكسوة
التي يلبسونها بخلاف ما اذا لم يكن من جنس حقهم كالعروض التي يحتاج

الى بيعها

الى بيعها ليصرف الى النفقة والى هذا اشار بقوله فقط لكن
الابوين يجوز لهما بيع عروض الولد لها عند ابي حنيفة استحسانا
ولا يتعرض لهما القاضي فيصرفان في نفقتهما بالمعروف ذكره في التحفة
عند مودع او مضارب او مديون ان اقر او بالسبب لم يعلم
بالنكاح لاختصاصه باحدى الصور او علم القاضي ذلك ويحلفه
اي يحلف من يطلب النفقة انه لم يستوف النفقة وفي تحليف
المرأة يزيد قوله ولم يوجد سبب يمنع النفقة كالنشوزة ويكفله
اي يأخذ منه كفيلا واما اخذ التكفيل لان القاضي يحلفه ثم اذا
حلف يعطيه النفقة ويأخذ منه كفيلا لا باقامة بينة اي على
السبب اي لا يفرض القاضي النفقة لهم باقامة البينة ولا ان
لم يخلف فاقامت المرأة بينة اي على النكاح ليفرض عليه ويأمرها
بالاستدانة عليه ولا يقضى به اي بالنكاح لانه قضاء على الغائب
وقال زفر يقضي بالنفقة لا بالنكاح ذكره في المحيط وعند ابي يوسف
تقبل البينة وتفرض ولا يقضى بالنكاح وذكر في الصغرى يجوز لكن
وفي الخانية نقلا عن الحلواني قال مشايخنا قول ابي يوسف مثل قول
زفر وعمل القضاة اليوم على هذا للحاجة وكون المسئلة مجتهدا فيها
وللمطلقة الرجعي والبائن والمفرقة بلا معصية كمن فرقت بخيار
العتق والبلوغ وعدم الكفاءة النفقة والسكنى اي ما دامت
في العدة وفي نفقة معتدة البائن اذا لم يكن حاملا خلاف الشافعي

له حديث فاطمة بنت قيس ولنا قوله عليه السلام لمطلقة الثلث النفقة
والسكنى ما دامت في العدة واما ما قيل لنا رد عمر رضه فخبر عليه
انه لا يصلح تعليلاً لقولنا وان صلح جواباً عن حجة الخصم ثم ان حديث
فاطمة لا يخالف اصلنا فلا حاجة الى رده وانما قلنا انه لا يخالف
اصلنا لانها لم تلازم بيت عدتها فصارت ناشزة وصرح بذلك
في الاختيار في تعليل المسئلة القائلة لا نفقة للناشزة ويوافقه
ما ورد في الصحيحين وقد نقله الصغاني في المشارق وقد تقرر
عندنا ان المعتدة اذا نشزت يسقط نفقتها وسكناها بل
نقول لا وجه للتمسك برد عمر رضي الله في الجواب عن احتجاج الخصم لان
اصحابنا قد تمسكوا به في سقوط نفقة الناشزة على ما اشرنا
اليه آنفاً لا لمعتدة الموت المنفي في حقها النفقة خاصة والمفرقة
بمعصية من قبلها كالردة وتقبيل ابن الزوج وردة معتدة
الثلث وتمكينها ابنه لا يسقطان لانه لا اثر للردة والتمكين في العدة
لانها قد ثبت قبلهما فلا يسقطان النفقة الا ان المرتدة تحبس لتتوب
فتسقط نفقتها لكونها محبوسة وقدر سقوط النفقة بالحبس
ونفقة الصغير والبالغ الزمن او الاعمى ذكره في الهداية والبنت
ولو بالغة على الاب ان لم يكن لهم مال والا فالاصل ان يكون نفقة
كل من ماله لا يشركه احد كنفقة ابويه وعرسه به يفتى اذا قال هذا
لان في رواية الخصاف والحسن نفقة الولد البالغ على الابوين

اثلاثا

اثلاثا وفي ظاهر الرواية كلها على الاب وعليه الفتوى وليس على
ارضاعه قال في التتمة لو ابت الارضاع وهي منكوحة قاله الامام
الحلواني او مبانة لا تجبر على ذلك سواء اخذ الولد لبن الغير او لم
ياخذ في ظاهر الرواية قال الامام السرخسي انها تجبر اذا لم ياخذ الولد
لبن الغير بلا خلاف وهو الصحيح وفي الذخيرة اذا لم يكن للصبي ولا للاب
مال اجبرت الام على الارضاع وهو الصحيح الا اذا تعينت بان لا
ياخذ لبن الغير او لا يوجد من ترضعه او توجد ولكن لا ترضع
بلا اجرة ولا قدرة عليها ويستاجر الاب من ترضعه يعني اذا لم ترد
الارضاع ولم تتعين له عندها معناه اذا ارادت ذلك لان
الحضانة لها ولو استاجرها منكوحة او معتدة من رجعي لترضعه
لم تجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات
يرضعن اولادهن وهو امر بصيغة الخبر وهو آكد الا انها عذرت
لاحتمال عجزها قال الله تعالى لا يكلف الله نفساً الا وسعها فاذا
اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجباً عليها
فلا يجوز اخذ الاجر عليه وفي المبتوتة روايتان في رواية لا يجوز
وفي اخرى جاز لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في بعض
الاحكام ولارضاعه بعد العدة او لابنه من غيرها صح سواء
كانت في نكاحه او في العدة او بعدها وهي احق من غيرها الا اذا طلبت
زيادة اجر اي الام احق بارضاع الولد بعد انقضاء عدتها ما لم تطلب

اكثر من اجرة الغير لانها اشفق وانظر للصبي فكانت اولى فان
التمست اكثر من ذلك لم تجبر الام عليها دفعا للضرر عنه قال الله تعالى
لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي لا تضار هي باخذ الولد
منها ولا يضار هو بالزامه اكثر من اجرة الغير وقال الله تعالى وان
تعاسرتم فسترضع له اخرى وان رضيت الغير ان ترضعه بغير اجر
او بدون اجر المثل والام باجر المثل فالغير اولى لما قلنا قال في الحاوي
والظهيرية ارادت العمة ان تربي الصغير بغير اجر من غير ان تمنع الام
عنه والام تابى ذلك فالام احق بالولد وانما يبطل حقها اذا تحكمت
في اجر الرضاع باكثر من اجر مثلها والصحيح ان يقال للام اما ان تمسكي الولد
بغير اجر واما ان تدفعي الى العمة واذا تقرر هذا فالحصر المذكور بقوله
الا اذا طلبت زيادة اجر على غير ما هو الصحيح وعلى الموسر يسار الفطرة
هذا على اختيار صاحب الهداية وقال في مختارات النوازل الفتوى
عليه وفي الخلاصة الفتوى على ان النصاب نصاب الزكوة وقضى عليه قاضي خان
نفقة اصوله الفقراء بالسوية بين الابن والبنت ويعتبر فيها القرب
والجزئية لا الارث ففي من له بنت وابن ابن على البنت مع ان الارث نصفان
بينهما وفي ولد بنت واخ على ولدها مع انه محجوب حجب حرمان
عن الارث بالاخ ونفقة كل فقير من ذي رحم محرم صغيرا او زمنا او اعمى
او انثى اعتبر الفقر في الكل لما مر ان الاصل ان نفقة الانسان في مال
نفسه صغيرا كان او كبيرا سالما كان او موفا ثم العجز عن الكسب بالزمانة

والعمى في الذكر والانثى عاجزة عن كل حال فلذلك اطلقها قدر الارث
لان التنصيص على الوارث في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك تنبيه
على اعتبار المقدار قال في الهداية ولان الغرم بالغنم وفيه ما فيه على ما نقف
عليه عن قريب ويجبر عليه لايفاء حق مستحق ويعتبر فيها اهلية
الارث لا احرازه لانه لا يعلم الا بعد الموت لان المنفي الاحراز المحقق
ولا معنى له بل لما ذكر في الهداية ان المعسر اذا كان له خال وابن عم
يكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه يعني ان بقيا بعد موته
فنفقة من له اخوات متفرقات عليهن اخماسا كارثهن ونفقة
من له خال وابن عم على الخال ولا نفقة مع اختلاف دينا الا للزوجة
والاصول والفروع لا حاجة الى زيادة ما قبل ولا على الفقير الا لها
وللفروع ولا الغني الا لها لان في ما تقدم غنى عنه كما لا يخفى على من
تامل فيه ووقف على وجوه الادلة وباع الاب عرض ابنه الكبير غائبا
لا بد من قيد الكبير لان في الصغير له بيع عقاره ايضا ومن قيد الغيبة
اذ لو كان حاضرا ليس له بيع عرضه ايضا بالاتفاق هذا كله مفهوم
من الهداية لا عقاره العقار الضيعة وقيل كل مال له اصل من
دار او ضيعة من المغرب لنفقته اذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز
عنده وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وقالا لا يجوز ذلك كله
وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ رشيدا ولهذا
لا يملك حال حضرته وله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب وبيع المنقول

من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة محفوظة بنفسها
واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه
كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه
نفقته لانه من جنس حقه ولا دلالة فيما ذكر على ان علة جواز بيع الاب
متاع ابنه الغائب الحاجة الى النفقة كما سبق الى بعض الافهام وانما
دلالته على ان له ذلك لتلك المصلحة اي لا يأثم ان فعله ولا يمنعه
القاضي واما ما قيل في تعليل ما ذكر ان للاب ولاية تملك مال الابن
عند الحاجة وانما لا يلي بيع العقار لانه معد للانتفاع مع بقائه وهو
الزراعة وولاية الاب نظرية ولا نظر في بيع العقار فليس بشيء لان
ما ذكره انما يصلح وجها لعدم ولاية الاب على بيع عقار ابنه الغائب
لاجل الحفظ والكلام في عدم ولايته عليه عند الحاجة اليه لبقاء نفسه
وما ذكر يصلح له اذ لقائل ان يقول كما انه لا نظر للابن في بيع عقاره
كذلك لا نظر له في استهلاك عرضه واذا جاز ذلك لضرورة بقاء
نفسه فلم لا يجوز بيع عقاره لتلك الضرورة لا الدين له عليه ثم لم يجز بيع متاع
الابن الغائب لحفظه المصلحة لانه يلزم حينئذ القضاء على الغائب فلا يجوز
بخلاف النفقة فانها واجبة قبل القضاء وانما قضاء القاضي اعانة
ذكره في غاية البيان وعلم منه ان المراد عدم الجواز قضاء لا ديانة
فاندفع ما قيل اذا كان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ فما المانع له
من البيع بالدين ولا الام تبيع ماله لنفقتها اذ لا ولاية لها

اصلا في التصرف في حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر ومن قال
لان تملك مال الابن مخصوص بالاب لقوله عليه السلام انت ومالك
لابيك فقد اخطأ في التعليل الثاني ولم يصب في الاول فتأمل
وضمن مودع الابن لو انفقها على ابويه بلا امر قاض لا الابوان
لو انفقا ماله عندهما دل هذا على ان للام ايضا تملك مال الابن
عند الحاجة اذا لم يحتج الى البيع بان يكون من جنس حقها واذا قضى بنفقة
غير العرس ومضت مدة سقطت لان نفقة غيرها باعتبار الحاجة
وقد وقعت الغنية عن الماضي قال في الذخيرة ان نفقة ما دون
الشهر لا تسقط لانه لو سقطت بمضي المدة اليسيرة لما امكنهم استيفاؤها
فقدر الفاصل بالشهر الا اذا استدان باذن القاضي فحينئذ يصير دينا
على الغائب وانما لم يقل الا ان يأذن القاضي بالاستدانة اذ لا بد
بعد ذلك من الاستدانة ونفقة المملوك على سيده فان ابى كسب
وانفق على نفسه وان عجز امر ببيعه لانه من اهل الاستحقاق
وفي البيع ايفاء حقه وليس فيه ابطال حق المولى لان الثمن يقوم
مقامه والابطال الى خلف كلا ابطال **كتاب العتاق** عنون
الكتاب بالعتاق دون الاعتاق لينتظم مسائل الفصل الآتي ذكره في
باب الاستيلاد فان الاعتاق لا ينتظمها كما لا يخفى على ذوي الرشاد
وهو في الشرع قوة حكمية يثبت للرقيق يدفع بها يد الاستيلاء والتملك
عن نفسه ويصير اهلا للولاية والشهادة والمالكية ويصح

مالك المالكية يستلزم الحرية بدون العكس فلذلك قال مالكه دون
مكلف يصح لفظه بلا نية كانت حرا او معتق او عتيق او اعتقتك
او محرر او حررتك وهذا مولاي او يا مولاي اذا كان اي العبد
معروف النسب لفظ المولى مشترك احد معانيه المعتق وفي العبد
المعروف نسبه يتعين هذا المعنى فالتحق بالصريح في عدم الحاجة الى
النية ورأسك حر ونحوه مما عبر عن الجسد وبكنايته ان نوى
كلا ملك لي عليك انما كان هذا كناية لانه يحتمل عدم الملك بالبيع ونحوه
وبالاعتاق ولا سبيل اي وكذا لا سبيل لي عليك لان معناه لا
لي عليك فان الملك هو الطريق المؤدي الى التصرف والانتفاع
ولا سبيل لي اليك اي الى التصرف فيك او الى الانتفاع بك ولا رق
الرق ضعف شرعي يتبعه العجز في المحل فيعجزه عن التصرفات الشرعية
ويسلب عنه اهلية الولاية وخرجت من ملكي الملك اتصال شرعي بين
الانسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه لولا المانع وحاجزا
عن تصرف الغير فيه كما يتحقق الملك بدون الرق في غير الرقيق كذلك
يتحقق الرق بدون الملك في الرقيق اذا كان وقفا والرق في الاكثر
سبب الملك فنفي قوله لا رق لي عليك اطلق الرق واراد به الملك
وخليت سبيلك ولا امة فلذا طلقتك وهذا انما زاد حرف الباء
ليعلم انه عطف على قوله وبكنايته وانما عطف عليه لانه ليس بكناية فان
المتركه ان كان يولد مثله لمثله وهو مجهول النسب يثبت على دعواه

يثبت نسبه منه ويكون حرا وان لم يكن كذلك يكون هذا اللفظ
مجازا عن الحرية فيعتق وان لم ينو ولو كان كناية لاحتاج الى النية
او ما يقوم مقامها من قرينة الحال للاصغر والاكبر فيما لا يولد مثله لمثله
سواء كان اكبر سنا منه او لا خلافا لابي يوسف ومحمد ثم
ان صاحب الهداية عبر تبعا للقدوري في صورة المسئلة شرطا
وهو الثبوت على ذلك واسقط المص نظرا الى انه شرط لثبوت
النسب لا لثبوت العتق لان الرجوع عن العتق لا يصح وعن النسب
يصح نص على ذلك فخر الاسلام لا بيا ابني ويا اخي لا لان المقصود
بالنداء استحضار المنادى بصورة الاسم من غير قصد الى المعنى واذا لم
يكن المعنى مقصودا لا يثبت مجازه فيه كما من المقصور فان ثبوت
العتق لا يلزم ان يكون بطريق المجاز كما اذا كان المنادى
ممن يولد مثله لمثله وهو مجهول النسب لان العتق حينئذ لا يثبت
بطريق المجاز على ما بين انفا بل لان النداء لاعلام المنادى لكنه
متى كان بوصف يمكن اثباته من جهته حال النداء كان لتحقيق
ذلك الوصف في المنادى ليستحضره بالوصف المخصوص كقوله
يا حر يا عتيق ومتى كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته حال النداء
كان لمجرد الاعلام دون تحقيق الوصف والبنوة لا يمكن اثباتها
حال النداء من جهته ولا سلطان لي عليك اي لا يد وزوال
اليد غير لازم للعتق لانه قد يثبت ولا يزول اليد كما اذا كان المعتق

صغيراً فانه لا يخرج عن يد مولاه بالعتق ومدار الكناية على لزوم
المكني به للمكني عنه لا على العكس كما توهمه من قال فيمكن ان يكون
عبداً ولا يكون عليه يد كالمكاتب ولفظ الطلاق كناية اراد به
ما عدا الفاظ يقع بها العتق صريحاً كانت حرة ونحوه بقرينة قوله
مع نية العتق فان تلك الالفاظ بمعزل عن مظنة الحاجة الى النية
بقي ههنا شيء وهو ان اطلقتك من كنايات الطلاق وقد مر انه يقع به
العتاق ثم ان القيد المذكور متعلق بالثلثة الاخيرة لا بالجميع لوقوع
العتق بيا ابني ويا اخي مع نية على ما صرح به في غاية البيان وفي
المسئلة خلاف الشافعي فان عنده اذا قال لامته انت طالق ونوى به العتق
تعتق لان الاعتاق ازالة ملك الرقبة والطلاق ازالة ملك المتعة
فيجوز اطلاق كل منهما على الآخر مجازاً واجيب عنه بان المجاز لفظ
يذكر ويراد به لازمه وازالة ملك المتعة لازم لازالة ملك الرقبة
بدون العكس فيجري المجاز من احد الطرفين وهو ان يذكر الحرية
ويراد به الطلاق دون الآخر وهذا الجواب لا ينبغي اذ للخصم ان يقول
ان لم يجز المجاز من الطرف الآخر يجري الكناية فان مبناها على لزوم
المكني به للمكني عنه وهو متحقق ههنا على ما اعترف به والكناية ايضاً طريق
مسلوك في هذا الباب وانت مثل الحر الا اذا نوى ذكر في المبسوط انه يقع
العتق اذا قارن النية بخلاف ما انت الا حر ومن ملك ذا رحم
محرم قوله ذا رحم محرم كناية عن القرابة النسبية ولا يلزم ان يكون

بسبب الرحم وقوله محرم صفة الرحم وهو في الحقيقة بسبب المحرمية
الا انه جعل في لسان الشرع نفس المحرم مبالغة في السببية
او اعتق لوجه الله او للشيطان او للصنم او مكرها او سكران
او اضاف عتقه الى ملك نحو ان ملكت عبداً فهو حر او شرط
نحو ان قدم فلان فعبده حر ووجد اي الشرط عتق عليه بشرط
ان يكون العبد في ملكه وقت التعليق لما عرفت انه شرط
كعبد لحربي خرج الينا مسلماً قال الزاهدي في شرح القدوري
هذا اذا خرج مراغماً والحمل يعتق بعتق امه لا امه بعتقه والولد
يتبع امه في الملك والرق والعتق وفروعه كالكتابة والتدبير
اعلم ان عتق الولد في بطن امه يتحقق بثلثة اوجه لانه لا يخلو
من ان يعتق بعتق امه لا بعتق مستقل او لا يعتق بعتق امه
بل بعتق مستقل والاول هو المذكور اولاً وعلى الثاني لا يخلو من
ان يكون في عتقه تابعاً لا غير معتق اصالة او لا يكون تابعاً
لها بل يكون معتقاً اصالة والاول هو المذكور اخيراً والثاني
هو المذكور بقوله لا امه بعتقه ومن خواص العتق على الوجه الثاني
انه لا يعتق الحمل ما لم يولد لانه مشروط بان يكون بين الاعتاق
والولادة اقل من ستة اشهر وتحقق هذا الشرط لا يعلم ما لم يولد
ولذلك ذكر فيه الولد دون الحمل ثم ان عتق الحمل على الوجه الاول
لما كان في ضمن عتق امه لا عتقاً مستقلاً امكن اعتبار التبعية فيه

من هذا الوجه وذلك لانا في اعتبار عدم التبعية فيه من الوجه الذي
قررناه فما وقع في الهداية وغيره من انه يعتق تبعا لا يخلو عن
وجه الصحة ولما كان الاعتاق المتعلق للام متعلقا للحمل ايضا في عتق
على الوجه المذكور صح ان يقال انه يعتق قصدا فلا يكون انجرار
ولائه الى موالي الام واما القول بانه يعتق اصالة فلا ارى له وجها
وانما ذهب اليه قائله لزعمه ان عدم انجرار ولائه يبتني عليه وقد عرفت
ان ابتناءه على اعتاقه قصدا لا على عتقه اصالة والفرق بينهما
دقيق فافهم وولد الامة من زوجها ملك لسيدها هذا اذا لم يكن
الزوج مغرورا فان ولد المغرور حر بالقيمة على ما بين في موضعه
وولدها من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه

باب عتق البعض

ان اعتق بعض عبده صح وسعى فيما بقي لا مجانا
بل ان شاء المولى فانه مخير بين تكليفه السعاية عليه وتخليصه
باعتاق الباقي صرح بذلك في المبسوط وهو اي عتق البعض بعد ما تبين
حقيقة السعاية باختيار ما كالمكاتب بلا رد الى الرق اي في حكمه
وهو كونه محلا للتمليك والتملك بالبيع وغيره فانه زائل عنه الا ان
الرق نفسه فانه غير زائل عند ابي حنيفة لو تحرر وقالا عتق كله اعلم
ان العتق حصولا في الكل لا يتجزى عندنا وعند الشافعي ان كان المعتق
موسرا لا يتجزى وان كان معسرا يتجزى حتى يعتق ما عتق ويبقى الباقي رقيقا
يباع ويشترى اما الاعتاق فعلى قول ابي حنيفة يتجزى في حالتي اليسار و

وقال

وقالا لا يتجزى في الحالين والمعنى به ان المحل في قبول حكم الاعتاق
يتجزى عنده فيتصور ثبوته في البعض دون البعض وعندهما
المحل في قبول حكم الاعتاق لا يتجزى فآل الامر الى ان حكم الاعتاق هل هو ما
يتقول به ازالة الملك عن المحل عنده ولا شك ان المحل في قبول
ازالة الملك متجز فيثبت حكم الاعتاق في قدر ما اضافه اليه
واثبته فيه وسعى كل المحل رقيقا كما كان فان الاعتاق لا يؤثر
في الرق عنده وعندهما حكم الاعتاق اثبات العتق بازالة
الرق الذي هو ضده والمحل في قبول العتق وزوال الرق لا يثبت
فيه غير متجز فاضافته الى البعض اضافة الى الكل فيزول الرق
عن الكل من الحالين ولو اعتق شريك حظه اعتق الآخر ادرج
فروع العتق من التدبير والكتابة فيه فان للشريك الساكت
ان يتصرف فيه بهذه التصرفات او استسعاه او ضمن المعتق
موسرا اي حال كون المعتق موسرا قيمة حظه الضمير يرجع الى الآخر
لا معسرا والولاء لهما ان اعتق او استسعى وللمعتق ان ضمنه ان
شرطية ولا معنى للمصدرية اذ لا خيار للمعتق في الضمان ورجع به
اي بالضمان على العبد وقالا له ضمانه غنيا اي للآخر تضمين المعتق
عندهما حال كونه غنيا والسعاية فقيرا فقط والولاء للمعتق
لما مر ان الاعتاق لا يتجزى عندهما ولو شهد كل من الشريكين بعتق الآخر
في عبارة الهداية اشارة الى شرط الانكار في المدعى عليه يعني

الشريك الآخر فانه معتبر في نفي السعاية على التقادير كلها نفي
منهما شرط لابد منه وهو التكليف ذكره الاقطع في شرح القدوري
والعبارة المذكورة ساكتة عنه سعى لهما في حظهما والولاء لهما
وقالا لا يسعى للمعسرين لا للموسرين اذ على اصلهما الضمان مع السعاية
والسعاية مع اليسار فان كانا معسرين تجب السعاية وان كانا موسرين
فلا سعاية ولا ضمان ايضا لان كل واحد يدعي اعتاق الآخر منكر ولا
ولو تخالفا يسارا سعى للموسر ولا شيء لضده لان عتقه ثبت بقولهما ثم
الموسر حقه في السعاية لانه لا يتبرى عنها لعدم ادعائه الضمان على
صاحبه لانه معسر والمعسر يتبرى عنها لانه يدعي الضمان على صاحبه
ليساره ولا يقدر على الزام الضمان لان شريكه منكر وانما لم يجعل للضد
لعدم الدلالة فيه على انه لا حق له في الضمان ايضا قال الاقطع في شرح
القدوري من شهد على عتق شريكه اعترف بعتق نصيب الشريك
وثبوت حق الحرية في نصيبه وانه لا يجوز له التصرف فيه بالتمليك
وقوله مقبول على نفسه وغير مقبول على غيره ووقف الولاء في الاحوال
كلها اي حال يسارهما واعسارهما ويسار احدهما واعسار الآخر لان كل
واحد منكر اعتاقه فيتوقف الولاء الى ان يتفقا على اعتاق احدهما
او اعتاقهما ولو علق احدهما عتقه بفعل غدا والآخر بعدمه فمضى وجهل
شرطه قال في الحقائق وانتفيا انهما لا يدريان دخل فلان الدار اليوم
فلا مجال لواحد منهما ان يقول لصاحبه ان النصف الباقي هو نصيبي

والساقط هو نصيبك عتق نصفه اي زال الملك عن النصف
وسعى في نصفه لهما موسرين كانا او معسرين او احدهما موسرا والآخر
معسرا عنده وعند ابي يوسف يسعى في نصف قيمته لهما ان كانا
معسرين ولا يسعى ان كانا موسرين وان اختلف شأنهما يسعى
في ربع قيمته للموسر دون المعسر وعند محمد يسعى في جميع قيمته
ان كانا معسرين ولا يسعى في ضده وان اختلف امرهما يسعى للموسر
في نصف قيمته كذا في الحقائق ولا شيء في عبدين بان حلف
كل واحد بعتق عبد له على حدة فانه حينئذ لا يعتق واحد منهما ولهم
لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت
الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به
معلوم فغلب المعلوم المجهول ومن ملك ابنه مع آخر بشراء او هبة
او صدقة او وصية او اشترى نصفه من سيده او علق عتق
عبد ثم يقل عتقه لعدم التأثير لخصوصية الابن ولا لكونه ذا رحم
محرم بشرائه نصفه ثم اشترى مع آخر عتق حصته ولم يضمن علم
الشريك حاله اولا اي علم الشريك حال المشتري وهي كونه ابن
شريكه في الصورة الاولى وكونه بحيث يعتق على شريكه بشراء نصفه
في الصورة الثانية او لم يعلم هذا في ظاهر الرواية وفي رواية
الحسن عن ابي حنيفة لا ضمان فيما اذا علم كما لو ورثاه اي يعتق
الابن في الاولى والعبد في الثانية ولا يضمن الاب والمولى نصيب

الشريك كما لا يضمن الا اذا ورث هو مع آخر ابنه وصورته ماتت
امرأة ولها عبد هو ابن زوجها وتركت فامع الزوج فورث الاب
نصف ابنه والاخ نصفه الآخر ولا ضمان في هذه الصورة لان الارث
ضروري لا اختيار له في ثبوته واعتقه الآخر او استسعى اي الشريك
مخير بين احد هذين الامرين وقالا في غير الارث ضمن نصف قيمته وسعى
فقيرا لانه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان مباشرته هذه الاسباب
اعتاق له ولهذا يجزي به عن الكفارة فان كان موسرا يجب
الضمان عليه وان كان معسرا سعى المعتق وله انه رضي بفساد نصيبه
حيث شاركه في علة العتق وهو الشرى ولا عبرة للجهل لان الحكم يدور
على السبب فلا يضمن كما اذا اذن له باعتاق نصيبه وان اشترى
نصفه ثم الآخر باقيه ضمن غنيا او استسعى لان الشريك لم يرض بفساد
نصيبه فيتخير بين التضمين والاستسعاء وانما لم يقل ضمن او سعى
لما عرفت ان الخيار للشريك لا للمعتق وقالا فيهما اي في السعاية
فان عندهما لا سعاية مع الغنى ولو دبره احد الشركاء فاعتقه آخر
وهما موسران ضمن الساكت مدبره لا معتقه اراد بيان من عليه
التضمين فكانه يقول ان التضمين على تقدير تعينه باختيار الساكت
اياه يكون على المدبر لا على المعتق والمدبر معتقه ثلثه مدبرا لا قنا
هذا عنده وذلك لان التدبير متجز عنده كالاعتاق فيقتصر على نصيبه لكنه
افسد نصيب شريكه فاخذ مما اختار اعتاق حصته فتعين حقه فيه

فلم يبق له اختيار امر آخر كالتضمين وغيره ثم للساكت توجه سببا
ضمان التدبير والاعتاق لكن ضمان التدبير معاوضة لانه قابل
للانتقال من ملك الى ملك وضمان المعاوضة هو الاصل فيضمن المدبر
ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمة العبد مدبرا وقيمة المدبر نصف
قيمته قنا وهو الصحيح وعليه الفتوى ذكره في المبسوط والتتمة وقيل
ثلثا قيمته قنا لان المنافع انواع ثلثة وهي على ما ذكر في كتاب العبد
المشترك من الهداية البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق
وتوابعه فبالتدبير فات البيع ولا يضمن المدبر المعتق الثلث الذي
ضمنه الساكت مع ان ذلك الثلث صار للمدبر بسبب الضمان لانه
ملكه باداء الضمان ملكا مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه
فلا يظهر في حق التضمين واما الولاء فثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق
وقالا لا يضمن مدبره لشريكيه لان التدبير كالاعتاق لا يتجزى عندهما
فحين دبره احدهم صار الكل مدبرا له فيضمن ثلثي قيمته لشريكيه
موسرا او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار
بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان جناية ولو قال هي ام ولد شريكي
وانكر يخدمه يوما وتوقف يوما ولا سعاية عليها للمنكر ولا سبيل عليها
للمقر هذا عنده وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف
قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لانه لما لم يصدقه صاحبه انقلب
اقراره عليه كانه استولدها فيمتنع الخدمة ويصيب المنكر على ملكه

في الحكم فيخرج الى الاعتاق بالسعاية ولان المقر لو صدق كانت الخدمة
كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف
ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك
بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار
بالنسب وهذا امر لازم لا يرتد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وذكر
في الاصل رجوع ابي يوسف الى قول ابي حنيفة ولا قيمة لام ولد فلا يضمن
غني اعتقها مشتركة هذا ايضا عنده وقالا يضمن نصف قيمتها لان
مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما ولو قال لعبدين
عنده من ثلثة له احدكما حر فخرج واحد فدخل آخر واعاد اي كلامه
المذكور ومات بلا بيان عتق ممن ثبت ثلثة ارباعه وممن خرج
نصفه هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ربع من دخل ومن
غيره كما قالا اي يعتق من الخارج نصفه بالاجماع لان الايجاب الاول
دائر بينه وبين الثابت فيصيب الخارج منه نصفه ويعتق من
الثابت ثلثة ارباعه بالاجماع نصفه بالايجاب الاول لما مر وربعه
بالايجاب الثاني لانه في حقه صح بقدر النصف لانه قد استحق نصف
الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالكلام في نصفيه فما اصاب
المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع اما الداخل
فيعتق ربعه عند محمد لان الايجاب الثاني لما دار بينه وبين الثابت وقد
اصابه منه الربع فكذا نصيب الداخل الربع وقالا يعتق نصفه لان قضية



هذا الايجاب التنصيف لكونه دائرا بينهما ولكن نزل الى الربع في حق
الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول ولا استحقاق للداخل من
قبل فيثبت فيه النصف وان قاله مريضا ولم يجز وارث ولا مال
له سواهم وقيمتهم سواء جعل كل عبد سبعة كسهام عتق عندهما
وعتق ممن ثبت ثلثة ومن كل من غيره سهمان وعند محمد
جعل كل ستة كسهام عتق عنده وعتق ممن خرج سهمان
وممن ثبت ثلثة وممن دخل سهم وسعى كل في باقيه على القولين
ويصح الثلث والثلثان اي اذا كان القول المذكور منه
في مرض الموت ولم يجز وارث ولم يخرجوا من الثلث نجمع
سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على
اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت
ثلثة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق
سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث
فلا بد ان نجعل سهام الورثة ضعف ذلك فنجعل كل رقبة
على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت
ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل منهما سهمان ويسعى
في خمسة وعند محمد نجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من
الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال
ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر وان طلق كذلك قبل وطء اي ان

كانت له ثلث زوجات مهرهن على السواء فطلقهن قبل الوطئ على
الصفة المذكورة ومات قبل البيان وانما فرضت المسئلة في الطلاق
قبل الوطئ ليكون الايجاب الاول موجبا للبينونة فما اصابه الايجاب
الاول لا يبقى محلا للايجاب الثاني فيصير في هذا المعنى كالعتق سقط
ربع مهر من خرجت وثلثة اثمان مهر من ثبتت وثمن مهر من دخلت
لان بالايجاب الاول سقط مهر الواحدة منصفا بين الثابتة والخارجة
فسقط ربع مهر كل واحدة ثم بالايجاب الثاني سقط الربع منصفا
بين الثابتة والداخلة فاصاب كل واحدة الثمن فسقط ثلثة
اثمان مهر الثابتة بالايجابين وسقط ثمن مهر الداخلة ثم قال بعض
المشايخ هذا قول محمد واما عندهما فيسقط من مهر الداخلة ربعه
وقيل هو قولهما ايضا وعلى هذه الرواية الفرق لهما ان الكلام
الاول انما يعتبر تعليقا في حق الداخلة في حكم يقبل التعليق و
اما في حكم لا يقبله يكون تنجيزا في حقه ايضا فالبراءة من المهر لا تقبل
التعليق فيكون تنجيزا بالنسبة اليه فثبت التردد في الكلام
الثاني بين الصحة وعدمها في حقه فيتنصف بخلاف العتق فانه
يقبل التعليق فلا يكون الكلام الثاني مترددا في حقه فثبت كليه
والوطئ والموت بيان في طلاق مبهم اي قال لزوجتيه احديكما
طالق فوطئ احديهما او ماتت احديهما وكل منهما بيان ان
المراد هي الاخرى اما الوطئ فلانه لا يحل الا في الملك واحديهما

قد زال عنها الملك بالطلاق فكان بالوطئ مستبقيا للملك
في الموطوءة فتعينت الاخرى لنزول الطلاق واما الموت
فلما عرف ان البيان انشاء من وجه فلا بد له من محل والموت
وبيع وهبة وصدقة وتدبير واستيلاد في عتق مبهم اي
ان قال احدكما حر فمات احدهما او باع احدهما او استولد
احديهما فكل من التصرفات المذكورة بيان ان المراد هو الاخر
لان الاعتاق ازالة الملك فالبيع ونحوه يدل على ان الملك
باق في المبيع فلا يكون مرادا بالاعتاق واما الموت فقد مر بيانه
قال في الكافي ذكر التسليم في الهبة والصدقة في الهداية
وقع اتفاقا يعني لا يحتاج اليه لان الاقدام عليه دليل على ابقائه
لان هذا تصرف لا يصح الا في الملك فلا يتوقف دلالته على
القبض • دون وطئ فيه • هذا عنده وقالا هذا ايضا بيان
لانه لا يحل الا في الملك فيدل على ان الموطوءة ملكه فلم تكن
مرادة بالاعتاق وله ان الملك ثابت فيهما ولهذا كان له
ان يستخدمها وهذا لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق
بالشرط لا ينزل قبله • وبأول ولد تلد به ابنا فانت حرة
ان ولدت ابنا وبنتا ولم يدر الاول عتق نصف الام و البنت
والابن عبد • لان الاول ان كان هو الابن فالام تعتق بالشرط
والجارية بكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وان

كانت البنت لم يعتق احد فيعتق نصف الام والبنت والغلام
يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا ولو شهد ان عتق احد عبديه
بطلت هذا عنده خلافا لهما واصل هذا ان الشهادة على عتق
العبد لا تقبل من دعوى العبد عنده والدعوى من المجهول لا تتحقق
فلا تقبل الشهادة وعندهما تقبل الشهادة في الصورة المذكورة
وان انعدم الدعوى الا في وصية اي ان شهدا انه اعتق
احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او مرضه
واديا الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا
لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض
الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي لان نفعه يعود
اليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي والوارث ولان العتق
يشيع بالموت فيهما فصار كل منهما خصما متعينا ولا يخفى ان في الدليل
الاول من حيث ان المولى ينكر تدبير احد عبديه الوارث ينكر ذلك
بعد موت المورث والعبد ان يريد ان اثباته فكيف يقال ان
المدعي هو الموصي او خلفه لان كونه مدعيا حكمي باعتبار ان
النفع يعود اليه لا حقيقي فلا ينافيه انكاره هذا في نفسه والامر
في خلفه اسهل فتامل نعم يرد على الدليل الثاني انه مخصوص
بما اذا ادیا الشهادة بعد الوفاة ثم انه لا يخالف ما قيل الحلبي
فلا وجه لاطلاق الا الاستحسان عليه قال في مختصر المحيط وان شهدا

بعد موته

بعد موته انه قال في حيوته احدكما حر فلا رواية فيه واختلفوا
على قوله اصلا طريق الاستحسان فعلى طريق الوصية لم يقبل
وعلى طريق الشيوع تقبل والصحيح انه تقبل لجواز ان يكون
معلولا بالعلتين فيتعدى باحديهما في حق امتناع القبول
وقبلت في طلاق احدى نسائه انما قال ابو حنيفة بقبول
الشهادة ههنا لان في الطلاق ولو في المبهم تحريم الفرج وهو
حق الله تعالى فلا يشترط الدعوى بخلاف العتق في المبهم فانه
لا يحرم الفرج عنده فلذلك لا يقول بقبول الشهادة في عتق احدى
امتيه بعينها كما مر في عتق احد عبديه وعتق الامة ان حرم الفرج
فلفت في عتق احدى امتيه تفريع على ما دل عليه قوله ان حرم
الفرج بطريق المفهوم فافهم

باب الحلف بالعتق

يعتق بان
وحلف كل عبد لي يومئذ حر من له حين دخل ملكه بعد حلفه
او قبله وبلا يومئذ من له وقت حلفه فقط مثل كل عبد لي او كل
مملوك لي حر بعد غد اي كما يعتق من له وقت حلفه فقط في قوله كل عبد لي
او املكه حر بعد غد عنده اي يعتق عند بعد الغد لا الحمل بكل مملوك
لي ذكر حر وان ولدته لاقل من نصف سنة اي وان تعين
وجوده وقت الحلف وانما قيد بالمذكر لانه عند الاطلاق عنه
يعتق الام ويتبعها الحمل ودبر بكل عبد لي او املكه حر بعد موتي
من له يوم قال الا من ملكه بعده لانه لما اضاف العتق الى الموت

من حيث انه ايجاب العتق بيتا ول المملوك في الحال ويصير مدبرا من
حيث تعليقه بالموت ولا يجوز بيعه ولا يتنا ول من ملكه بعد
ولا يصير مو مدبرا حتى يستحق العتق فيجوز بيعه فان مات عتق
اي من له وقت اليمين ومن ملكه بعده من الثلث اما عتق الاول
فلانه مدبر واما عتق الثاني فلان اضافة العتق الى الموت من
حيث انه ايجاب بعد الموت يصير وصية فيتنا ول ما يملكه بعد
هذا القول لان المعتبر في الوصايا الملك حالة الموت ومن اعتق
على مال مقدر ستقف على فائدة هذا القيد اوبه بان يقال
انت حر على الف او بالف فقبل عتق والمال عليه دين صحيح حتى
يصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة على ما سياتي في موضعه
والمعلق عتقه بالاداء بان يقال ان اديت الي كذا فانت
حر ماذون ليتمكن من اداء المال ان ادى عتق لا مكاتب ويتقيد
اداؤه بالمجلس ان علق بان وباذا لا ورجع المولى عليه ان ادى
مما كسبه قبل التعليق لا مما بعده وعتق في حالية اي في حال ادائه
مما كسبه قبل التعليق وحال ادائه مما كسبه بعده وان خلى بينه
اي بين المولى وبين المال بان وضعه في موضع تمكن المولى من اخذه
متصل بقوله وعتق اي ويعتق وان كان الاداء بطريق التخلية
فانه يحصل بها لا ان ادى بعضه اي لا يعتق ان ادى بعضه
وان نزل قابضا في فصليه اراد بهما ما ذكر من العتق باداء الكل

وعدم العتق باداء البعض وانما قال هذا لان عند بعض المشايخ
ان ادى البعض لا يجبر على القبول فعلى هذه الرواية ان ادى البعض
بطريق التخلية لا ينزل المولى منزلة القابض لكن المختار انه يكون
قابضا لكنه لا يعتق لان شرط العتق اداء الكل ولم يوجد فلا يعتق
لهذا الا انه يصير قابضا في حق البعض قال في التبيين هذا اذا
كان المال معلوما وان كان مجهولا بان قال ان اديت الي درهم
فانت حر لا يجبر على قبول المال لان مثل هذه الجهالة لا تكون
في المعاوضة فيكون عينا محضا ولا جبر فيها وفي انت حر بعد
موتي بالف ان قبل بعد موته انما اعتبر القبول بعد الموت
لان ايجاب القبول اضيف الى ما بعد الموت وانما يعتبر القبول بعد
نزول الايجاب واعتقه الوارث او القاضي والوصي لان العتق
تأخر عن الموت والعتق متى تأخر عن الموت لا يثبت الا باعتاق
واحد من هؤلاء كذا في غاية البيان عتق به اي بالف
والا اي وان لم يوجد مجموع الامرين فلا اي لا يعتق اما عدم
عتقه على تقدير عدم الامر الثاني فلما مر ان العتق متى تأخر عن الموت
لا يثبت الا باعتبار اعتاق الوارث او من يقوم مقامه
واما عتقه على تقدير عدم الامر الاول فلان الكلام في العتق
بالالف لا في العتق مطلقا وذلك لا يوجد بدون قبول
العبد بعد موت المولى ولو حرره على خدمته سنة فقبل عتق

وخدمه سنة اي وجب عليه الخدمة سنة وان مات مولاه قبلها
اي قبل الخدمة تجب قيمته اي قيمة العبد وعند محمد قيمة خدمته كبيع عبد منه
بعين فهلكت تجب قيمته وعندهما قيمتها الخلاف الاولى مبنية
على الخلاف الثاني ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم العين بالهلاك
يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد فصار نظيرها لهما انه
معاوضة مال بغير مال لان نفس العبد ليست بمال في حقه اذ لا يملك
نفسه وله انه معاوضة مال بمال لان العبد مال في حق المولى وفي
اعتقها بالف على ان تزوجنيها ان فعل وابت عتقت ولا شيء
على آمره لان اشتراط البدل على الغير لا يجوز في العتاق بخلاف
الطلاق ولو قال عني اي بدل علي وباقي المسئلة بحالها
قسم على قيمتها ومهر مثلها اي مهر مثلها وتجب حصة القيمة لانه لما قال
عني تضمن الشراء اقتضاء واذا كان كذلك فقد قابل الالف
بالرقبة شراء والبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب حصة ما سلم له
وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع ولو نكحت فحصة مهرها
اي حصة مهر مثلها وجهته اي فيما لم يقل عني وفيما قاله وما اصاب
قيمتها سقط في الوجه الاول وهو للمولى في الوجه الثاني

باب التدبير والاستيلاد

هو في الشرع تعليق العتق
بمطلق موت المولى والاستيلاد وهو في الشرع طلب الولد من
الامة وام الولد المستولدة وتمامه التي خرج بها في الشرع

من العموم الى الخصوص ومن اعتق عن دبر مطلقا احترز به عن المقيد
وهو ما قيد فيه الموت بقيد لا الحكم بوقوعه معه عادة نحو
ان مت من مرضي هذا فهو حر ما دامت كانت حرا وانت حر
عن دبر مني او انت مدبر او دبرتك او ان مت الى مائة سنة
اي ان مت في وقت من هذا الزمان الى ذلك الوقت مائة سنة
فانه مطلق معنى وان كان مقيدا لفظا اذا كان الغالب موته قبل
هذه المدة بان كان حينئذ ابن ثمانين سنة مثلا وفيه خلاف
ابي يوسف وعلقه قبلها فمدبر لا يباع ولا يوهب خلافا
للشافعي فان عنده يجوز انتقاله من ملك الى ملك ويستخدم ويؤجر
والامة توطأ وتنكح وان مات سيده عتق من ثلث ماله وسعى
في ثلثيه ان لم يترك غيره وفي كله ان استغرق دينه لان التدبير
وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال
فينفذ من الثلث وبيع اي صح بيعه وجميع ما يوجب انتقاله من ملك
الى ملك ان قال له ان مت في سفري او مرضي هذا او الى سنة
او نحوها مما لا يغلب وقوعه وعتق ان وجد شرطه كعتق المدبر
اي يعتق من الثلث كما يعتق المدبر المطلق منه وامة ولدت
من سيدها او من زوجها فملكها ام ولده وفي الاخير خلاف
زفر والشافعي وحكمها كالمدبرة الا انها تعتق بعد موته من كل ماله
ولم تسع لدينه ولا يثبت نسب ولد امته الا ان يقر به فان اقر

فولدت آخر يثبت نسبه بلا دعوة وانتفى بنفيه اعلم ان الفراش
اما ضعيف وهي الامة او متوسط وهي ام الولد وقد مر حكمهما
او قوي وهي المنكوحة فيثبت نسب الولد بلا دعوة ولا ينتفي
بالنفي بل باللعان او اقوى وهي المعتدة فيثبت ولدها ولا ينتفي
اصلا لعدم اللعان وام ولد الذمي اذا اسلمت تسعى في قيمتها
وتعتق بعدها اي بعد السعاية وقال زفر تعتق في الحال والسعاية
دين عليها ان عرض عليه الاسلام فابى وهي بحالها اي تبقى ام
ولد كما كانت ان عرض فاسلم وان ادعى ولد امة مشتركة
اي بين المدعي وآخر يثبت نسبه منه لانه لما يثبت النسب في نصفه
لمصادفته ملكه يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لان سببه وهو
العلوق لا يتجزى اذ الولد الواحد لا يتعلق من ماء رجلين وهي ام
ولده هذا بالاتفاق لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعنده
يصير ام ولده ثم يتملك نصيب صاحبه بالضمان وهو الذي ذكره
بقوله وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة
اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه
بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر لان
الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا
ملك نفسه وانما كان ذلك لان ماله من الحق لا يكفي للاستيلاد لانه
حق تملك لا حقيقة ملك ولا حقه فلهذا يجوز له ان يتزوجها بخلاف

الشريك فان له حقيقة الملك في النصف فيكفي لصحة الاستيلاد
فلا حاجة الى النقل لا قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا
الى وقت العلوق والضمان يجب في ذلك الوقت فيحدث الولد
على ملكه ولم يتعلق شيء منه على ملك الشريك وان ادعياه معا فهو
منهما خلافا للشافعي فان عنده يرجع الى قول القائف وهي ام
ولدهما وعلى كل بعض عقر على قدر حصته وتقاصا ان تساويا وورث
من كل ارث ابن لانه اقر له بميراثه وهو حجة في حقه وورثا منه
ارث اب لاستوائهما في السبب وان ادعى ولد امة مكاتبه
لزمه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لما ان ماله من الحق كاف لصحة
الاستيلاد ونسب الولد وقيمته لانه في معنى ولد المغرور حيث
اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت
النسب منه لا الامة اي لا يصير الامة ام ولد له لانه لا ملك له
فيها حقيقة ان صدقه مكاتبه وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه
اعتبارا بالاب ووجه الظاهر الفارق ان المولى لا يملك
التصرف اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا يعتبر تصديقه
والا اي وان لم يصدق مكاتبه لا يثبت نسبه الا اذا ملكه يوما
فانه يثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال المانع

كتاب الايمان

هو اي اليمين في الشرع عقد قوي به عزم الحالف على الفعل والترك
اعلم ان اليمين نوعان نوع يعرفه اهل اللغة وهو ما يقصد به تعظيم

المقسم به ويسمون ذلك قسما الا انهم لا يخصون ذلك بالله وفي
الشرع هذا النوع من اليمين لا يكون الا بالله والنوع الآخر الشرط
والجزاء وهو يمين عند الفقهاء لما فيهما من معنى اليمين وهو المنع
والايجاب ولكن اهل اللغة لا يعرفون ذلك اذ ليس فيه معنى التعظيم
والمصنف بدأ الكتاب ببيان النوع الاول فقال القسم ثلث
غموس يأثم به وهو حلفه كاذبا عمدا سواء كان على فعل او ترك
او على غيرهما كما اذا قال والله انه حجر الآن ولغو يرجى عفوه وهو
حلفه ظانا انه حق وهو ضده ومنعقد وهو حلفه على آت وتجب فيه
فقط خلافا للشافعي فانه يكفر عنده في الغموس ايضا ان حنث
ولا تأثير للسهو والاكراه في الحلف والحنث يعني تجب الكفارة
وان كان الحلف او الحنث سهوا او اكراها خلافا للشافعي والمراد
من السهو ما يعم النسيان لانه يتصور في الحنث وان لم يتصور
في الحلف وهو بالله او باسم آخر سواء تعارف الناس الحلف
اولا في الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح ذكره في التبيين
كالرحمن والرحيم والحق او بصفة يحلف بها من صفاته كعزة
الله تعالى وجلاله وكبريائه وعظمته وقدرته لا بغير الله كالنبي والقرآن
والكعبة ولا بصفة لا يحلف بها عرفا كرحمته وعلمه ورضائه
وغضبه وسخطه وعذابه وقوله لعمر الله هو يمين باعتبار النص
قال الله تعالى لعمرك لانه وعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات

فكأنه قال والله الباقي من المبسوط وايم الله قال محمد معناه
ايمن فهو جمع يمين تقديره وايمن الله الا ان النون اسقطت
عند كثرة الاستعمال للتخفيف وهذا مذهب نحوي الكوفة
واما البصريون فيقولون معناه والله وايم صلة وعهد الله
وميثاقه واقسم واحلف واشهد وان لم يقل بالله فيه خلاف
لزفر وعلي نذر او يمين او عهد وان لم يضف الى الله وان
فعل هذا فهو كافر وان لم يكفر انما قال هذا لانه علق الكفر
بالفعل المذكور فيكون يمينا بسبب التعليق وعدم الكفر بذلك
الفعل مظنة الدلالة على عدم صحة التعليق ويلزمه عدم صحة
اليمين فكان في عدم الكفر ذلك الوهم فدفعه بما ذكره وانما
يكون يمينا لانه علق الكفر بذلك الفعل فقد اعتقده واجب
الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول
في تحريم الحلال علقه بماض او آت اي لا يكفر به سواء علق الكفر
بفعل ماض ومستقبل وعند محمد بن مقاتل ان كان يعلم انه كاذب
يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز وعن
ابي يوسف انه لا يكفر اعتبارا للماضي بالمستقبل والصحيح انه ان
كان عالما انه يمين لا يكفر في الماضي والمستقبل وان كان
جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف في الغموس او بمباشرة الشرط في
المستقبل يكفر فيهما لانه لما اقدم عليه وعنده انه يكفر فقد رضي

بالكفر وقال الشافعي لا يكون يمينا كذا في التبيين • وسوگند می خورم
يمين • قوله لعمر الله مبتدأ ويمين خبره وانما لم يقل قسم لما عرفت
ان القسم خص بالقسم الاول من اليمين وبعض ما ذكر ليس منه • وحقا
وحق الله • قال في الخانية وحق الله يمين عند ابي يوسف وبالا
ليس بيمين وهو رواية عنه وقوله والحق يمين اتفاقا وحقا فيه
خلاف والصحيح انه يمين ان اراد اسم الله تعالى • وحرمته • وسوگند خورم
بخداي يا بطلاق زن • صيغة المضارع في اللغة الفارسية مشتركة
بين الحال والاستقبال وانما خص الاول بزيادة لفظ مي وهذا
هو سر الفرق بين قوله سوگند مي خورم وقوله سوگند خورم حيث
كان الاول يمينا دون الثاني • وان فعله فعليه غضبه او سخطه • السخط
لا يكون الا من الكبراء والعظماء دون الاكفاء والنظراء والغضب
يستعمل في النوعين فيكون اعم منه يقال سخط السلطان ولا يقال سخط
الحجام • من فوايد خوا مرزاد • او لعنته او انا زان او سارق او شارب
خمر او آكل ربوا • لا وحروف القسم الباء والواو والتاء • وتضمر كالله
افعله • وكفارته عتق رقبة او اطعام عشرة مساكين كما مر في الظهار
او كسوتهم لكل ثوب يستر اكثر بدنه فلم يجز السراويل • الا اذا كان
قيمته طعام عشرة مساكين فانه يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة •
وان عجز عنها • اي عن الثلثة المذكورة • وقت الاداء • يعني وقت
وجوده لا وقت ارادته دل على ذلك ما ذكر في المبسوط انه اذا صام المكفر

يومين ثم وجد في اليوم الثالث ما يطعم او يكسو لم يجزه الصوم وعليه
الكفارة بالاطعام او الكسوة صام ثلثة ايام ولاء • خلافا للشافعي •
ولم يجز قبل حنث • ان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه خلافا للشافعي
لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير للقتل بعد الجرح ولنا
ان الكفارة لستر جناية ولا جناية واليمين ليست بسبب لانها
مانعة غير مفضية بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه
صدقة كذا في الهداية وفيه ان ستر الجناية حكمة الكفارة لا علتها
والعبرة بالعلة لا للحكمة فالوجه ان يقال ولنا ان اليمين ليست
بسبب لانها مانعة فانها انعقدت للبر والكفارة على تقدير
الحنث فلا يكون اليمين سببا لها بل السبب الحنث واليمين شرط
فلا تقدم على الحنث وخلاف الشافعي في الكفارة المالية ووجه
الفرق وماله وعليه في كتب الاصول • ومن حلف على معصية كعدم
الكلام مع ابيه حنث • اي عليه ان يحنث قال في المبسوط يجب عليه
ان لا يفعله لانه منهي عن الاقدام على المعصية ولا يرفع النهي
يمينه • وكفر ولا كفارة في حلف كافر وان حنث • ومن حرم ملكه
لا يحرم • يعني بسبب اليمين لان تحريم الحلال الى الله تعالى لا الى العبد
لكنه يصير محظورا بسببها والحظر اعم من الحرمة كما ان المباح
اخص من الحلال ولذلك قال • وان استباحه كفر • لم يقل وان
استحله كفر اي ان عامل معاملة المباح كفر لان تحريم الحلال يمين

على ما مر وقال الشافعي لا كفارة عليه ومن نذر مطلقا اي غير معلق
بشرط نحو لله علي صوم هذا اليوم او معلقا بشرط يريده كان قدم
غائبي فوجد وفى وبما لم يرده كان زنيت وفى او كفر هو الصحيح
رواية ودراية اما الاول فلانه قد صح رجوع ابي حنيفة عما نقل
عنه في ظاهر الرواية من وجوب الوفاء سواء علقه بشرط يريده
او بشرط لا يريده ذكره في المبسوط واما الثاني فلانه اذا علقه بشرط
لا يريده ففيه معنى اليمين وهو المنع لكنه بظاهره نذر فيتخير لا يقال
ان كان الشرط حراما كان زنيت مثلا ينبغي ان لا يتخير لان التخيير
تخفيف والحرام لا يوجب التخفيف لانا نقول لا دخل لخصوص
الفعل وكونه حراما في التخيير وانما نشأ ذلك عن التعليق بشيء لا يريده
حراما كان او حلالا فلا يلزم كون الحرام موجبا للتخفيف وانما يلزم ذلك
ان لو كان لخصوص الفعل او لحرمته مدخل في ايجاب التخيير ولا بأس
في وجود التخيير اذا لم يكن مرتبا على الفعل الحرام ومن وصل ان شاء الله
تعالى بحلفه بطل وقال مالك يلزم حكم اليمين والنذر

باب حلف الفعل

من حلف لا يدخل بيتا يحنث بدخول صفة الا ان ينوي البيوت
دون الصفات فيدين فيما بينه وبين الله ولا يدين في القضاء
ذكره في المبسوط لا الكعبة او مسجدا او كنيسة او بيعة او دهليز
او ظلة باب دار لان البيت موضع اعد للبيتوتة والصفة
بيت لا هذه المواضع كما في لا يدخل دارا فدخل دارا خربة حنث

لا يحنث وفي هذه الدار يحنث ان دخلها منهدمة صحراء
او بعدما بنيت اخرى وقال الشافعي لا يحنث في الوجهين او وقف
على سطحها وقيل في عرفنا اي عرف العجم لا يحنث اي بالوقوف
على السطح قال الفقيه ابو الليث في النوازل ان كان الحالف في
بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك
دخولا كما لو جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا او دخلها
بعد هدم الحمام حيث لا يحنث لانها لم تبق دارا اصلا وفي هذا
البيت ودخله منهدما صحراء او بعدما بني بيتا آخر فانه لا يحنث
لزوال اسم البيت ووجه الفرق بين مسئلتي الدار المعرفة والمنكرة
ان الدار اسم للعرصة والبناء تبع لها وهو بمنزلة الوصف
لان قوامه بالعرصة ولهذا يدخل في البيع من غير ذكر فاذا كانت
الدار معينة كما في لا يدخل هذه الدار لا يعتبر فيها الصفة
اذ الصفة في المعين غير معتبرة الا اذا كانت شرطا او داعية
الى اليمين كما اذا حلف لا يأكل هذا الرطب فانه يتقيد بالوصف
حتى لو اكله بعدما صار تمرا لم يحنث لان هذا الوصف يصلح داعيا
الى اليمين لمن يضره اكل الرطب وصفة كون الدار مبنية لا تصلح
داعية الى المنع عن الدخول وليست شرطا مذكورا فيه فلا يعتبر
فتعلقت اليمين بالاصل دون الوصف واما اذا كان الدار منكرة
كما في لا يدخل دارا يعتبر فيها الصفة وتتعلق اليمين بما يعرف به

كونها دارا الغائب انما يعرف بالوصف وذلك هو البناء في الدار
لان كل صحراء لا يسمى دارا وبهذا التفصيل استحكم بناء تحقيق المقام
واتسع عرصة الكلام واتضح ما هو المرام من وصف الدار وظهر ان
الفرق غيروا وان من توهم ان المراد من الوصف توصيف المشار اليه
بصفة كما في لا اكلم هذا الشاب فقد وهم ثم ان الامر في البيت على
خلاف هذا فانه اسم لما يبات فيه والصفة انما تصير صالحة للبيتوتة
بالبناء من اصله كذا بالسقف او صفة وتوابعه فالبيت
ليس ببيت بعد تهديمه سواء كان معرفا كما في لا يدخل هذا البيت
او منكرا كما في لا يدخل بيتا يتعلق اليمين بعينه فلا يحنث بدخوله
بعد ما صار صحراء لزوال عينه وبهذا الفرق اضمحل ما تخيل بعضهم في
البيت وظهر ان ما وجد فيه من سقط المتاع. وهذه الدار
لو وقف في طاق بابه لو اغلق كان خارجا او لا يسكنها وهو ساكنها او
لا يلبسه وهو لابسه او لا يركبه وهو راكبه فاخذ في النقلة. انما قال
هذا ولم يقل فانتقل مع انه اخصر واظهر لان المعتبر هو الشروع
في مقدمات النقل لا النقل نفسه قال في المبسوط ان كان في طلب مسكن
آخر فبقي في ذلك يوما او اكثر لم يحنث في الصحيح من الجواب لانه لا يمكنه
طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى لما عرف من مقصوده
اذا لم يفرط في الطلب والنزع والنزول بلا مكث. لم يقل ونزع ونزل
لان المعتبر فيهما ايضا في الخلاص عن الحنث هو الشروع في تحصيل

الشرط فيهما لا حصوله قال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل
قلنا اليمين شرعت للبر فزمان تحصيل البر مستثنى. او لا يدخل
فقعد فيها. انما لا يحنث في هذه الصورة لان الدخول هو
الانتقال من الخارج الى الداخل فالمكث فيه ليس بدخول بخلاف
السكنى واللبس والركوب فان للدوام فيها حكم الابتداء.
الا ان يخرج. تقديره الا بان يخرج فحذف حرف الجر وهذا شائع
شائع. ثم يدخل وفي لا يسكن هذه الدار او البيت او المحلة لا بد
من خروجه بكل اهله هذا بالاتفاق. وبمتاعه الا ما لا يتأتى
به السكنى. المروي عن ابي حنيفة انه يحنث اذا ترك بعض امتعته
فيها الا ان مشايخنا قالوا هذا اذا كان الباقي يتأتى بها
السكنى اما ببقاء مكنسة او قطعة حصير او وتد فيها لا يبقى ساكنا
فيها فلا يحنث كذا في المبسوط وفي التبيين قال محمد يعتبر نقل
ما يقوم به السكنى لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا
هذا احسن وارفق بالناس وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر
لان نقل الكل قد يتعذر فلا يحنث اذا نقل الاكثر والا فيحنث
وعليه الفتوى وهذا الخلاف في امتعة واما الاهل فلا بد من نقل
الكل بالاجماع. بخلاف المصر والقرية. فانه لا يشترط فيهما نقل الاهل
والمتاع. وحنث في لا يخرج لو حمل واخرج بامره لان اخراجه بلا امره
مكرها او راضيا ومثله لا يدخل اقساما واحكاما ولا في لا يخرج

الى جنازة ان خرج اليها ثم اتى حاجة • انما لم يقل ثم الى امر آخر
لان المفهوم منه تكرر الخروج ولا يحنث بما دونه • وحنث في لا تخرج
الى مكة فخرج • حده المعتبر ان يجاوز عمران مصر ما ذكره في التبيين
يريدها وان رجع • بتحقق الخروج الى مكة • لا في لا يأتيها حتى يدخلها
لان الاتيان عبارة عن الوصول • والذهاب كالخروج وهو الاصح
اختلف فيه المشايخ قال نصر بن يحيى هو بمنزلة الاتيان وقال
محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال في الهداية وهو الصحيح لانه عبارة
عن الزوال واما قوله تعالى اني ذاهب الى ربي اي متوجه فمعارض
بقوله تعالى اذهبا الى فرعون فان المراد به الاتيان وفي الكافي
هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن له نية فان نوى الخروج او الاتيان
فعلى ما نوى لانه يحتمل كل واحد منهما • وفي ليأتين مكة ولم يأتها
لا يحنث الا في آخر حيوته • لان البر قبل ذلك مرجو • وحنث في ليأتينه
غدا ان استطاع ان لم يأته بلا مانع كمرض او سلطان • يعني ان
قوله ان استطاع محمول على استطاعة الصحة دون القدرة
ان لم يوجد منه النية وان وجدت فعلى ما ذكره بقوله • ودين بنية
الحقيقة • يعني ان نوى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين
الله تعالى لانه نوى حقيقة كلامه هذا متفق عليه ثم قيل يصح قضاء
ايضا وقيل لا يصح والمص تركه لمكان الاختلاف والمفهوم انما يعتبر
اذا لم يظهر وجه التخصيص • وشرط للبر في لا تخرج الا باذنه لكل خروج

اذن

اذن • لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه
داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لانه محتمل
كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر • لا في الا ان اذن • اي لا يشترط
لكل خروج اذن ان قال لا تخرج الا ان اذن لان الا ان للغاية
فينتهي اليمين به • وحنث في ان خرجت او ان
ضربت لمريدة خروج او ضرب فعلهما فورا • وفي ان تغديت بعد تعال
تغد معي تغديه معه • ذلك الطعام المدعو اليه ذكره في الهداية •
ولغى اي للحنث • مطلق التغدي ان ضم اليوم • بان يقول ان
تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ كيلا يلغو قوله
اليوم • ومركب المأذون ليس لمولاه في حق الحلف الا اذا
لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته فيحنث ان نوى • اي ان حلف
لا يركب دابة زيد فركب دابة عبده المأذون فان كان عليه
دين مستغرق لرقبته وكسبه لا يحنث وان نوى لانه لا ملك
للمولى فيه وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لم يحنث
ما لم ينوه لان الملك فيه وان كان للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا
وشرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث فيختل الاضافة الى
المولى فلا بد من النية هذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد يحنث
وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد

عنده وتقييداً لا كل من هذه النخلة بتمرها لان المعنى الحقيقي متعذر
والرواية في التمر بالتاء المثلثة لانه يحنث باكله البسر والرطب والتمر
منها وانه يتناول الكل بخلاف التمر بالتاء المثناة فانه لا يتناول
البسر وهذا البر باكل عينه لان عينه ماكول عادة فانها تغلى وتوكل
ويتخذ منها الكشك والهريسة وقد يوكل نيًّا ايضا حبا حبا
كذا في المبسوط ومن هنا تبين ما في قول صاحب الهداية ومن
حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها فان القضم الا
باطراف الاسنان وقد عرفت انه ليس بشرط في الحنث
ثم ان ما ذكر قول ابي حنيفة وقالا ان اكل من خبزها حنث
وهل يحنث عندهما اذا اكل عينها ذكر محمد في الاصل ما يدل على انه لا يحنث
وذكر في الجامع الصغير ما يدل على انه يحنث كذا في البدايع وقال
في الهداية ولو قضمها حنث عندهما وهو الصحيح لعموم المجاز وان له
حقيقة مستعملة وهي قاضية على المجاز المتعارف وقال شيخ الاسلام
في المبسوط ولو اكل عينه لا يحنث عندهما في الصحيح والخلاف فيما اذا لم
منه نية ذكره في المبسوط وهذا الدقيق باكل ما يتخذ منه خبزا
كان او غيره لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ منه فلا يحنث
لو استفه كما هو وانما قلنا ان عينه غير ماكول لان الاكل
على ما ذكر في المبسوط ايصال الشيء الى جوفه بفيه مهشوما او غير مهشوم
ممضوغا او غير ممضوغ مما يأتي فيه الهشم والمضغ فاكل عين الدقيق متعذر

لا فيجوز كما توهم والاستفاف اكل الشيء اليابس بالكف والشواء
باللحم والطبيخ بما يطبخ من اللحم والرأس برأس يكبس في التنانير ويباع
في مصره عملا بالعرف فان مبنى الايمان عليه والشحم بشحم البطن و
قالا يتناول شحم الظهر ايضا والخبز بخبز البر والشعير قال في المبسوط
وان حلف لا ياكل خبزا فاكل خبز حنطة او شعير حنث لانه خبز حقيقة
وعرفا وان اكل من خبز غيرهما لم يحنث الا ان ينويه لانه لا يسمى خبزا
مطلقا ولا يوكل ذلك عادة في عامة الامصار وقد صرح المصنف
في انه لا عبرة لعادة مخصوصة ببعض البلاد ولذلك لم يقيد
بقوله لا خبز الارز بما قيد بعضهم بقوله ببلد لا يعتاد وصاحب
الهداية بعد ما اجرى الكلام على وفق ما في المبسوط حيث قال
ذلك وخبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان
قال ولو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى
لو كان بطبرستان او في بلد طعامهم ذلك يحنث فناقض اخر
كلامه اوله ثم ان موجب اعتبار القيد المذكور عدم اطلاق الجواب
في خبز الشعير ايضا لانه ايضا في بعض البلاد لا يعتاد والفاكهة
بالتفاح والمشمش والبطيخ لا العنب والرمان والرطب والقثاء
والخيار وقالا العنب والرمان والرطب فاكهة ايضا والشرب
من دجلة الشرب ايصال الشيء الى جوفه بفيه مما لا يأتي فيه الهشم
والمضغ في حال ايصاله ذكره في المبسوط بالكرع منها تفسير الكرع

عند ابي حنيفة ان يخوض في الماء ويتناوله بفيه من موضعه و
لا يكون الكرع الا بعد الخوض في الماء لانه من الكراع وهو من الانسان
ما دون الركبة ومن الدواب الكعب كذا في المغرب وفي الظهيرية فلا
لو شرب منه باناء هذا عنده وقالا اذا شرب باناء حنث لانه المتعارف
المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة
ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا
هذا اذا كان الحلف على الشرب من دجلة واما اذا كان على الشرب
من نهر يكون من عنده لابتداء الغاية وعندهما للتبعيض والمعنى
لا يشرب من مائه وذلك ان النهر ليس من جنس المشروب فلا بد من
المصير الى المجاز اما في كلمة من او في النهر ورجح ابو حنيفة الاول نظرا
الى ان ابتداء الغاية اصل التبعيض على ما نقله الرضي من المبرد وعبد القاهر
والزمخشري فكان من لم يشغل عن معناه الاصلي ورجحا الثاني نظرا الى
المتعارف حلف الحلف من مائه وتحليف الوالي ليعلمه بكل داعر اتى
بحال ولايته اي تقيد تحليف الوالي رجلا ليعلمه بكل مفسد في البلد
بحال ولايته والضرب والكسوة والكلام والدخول عليه بالحيوة لا الغسل
لان معناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت والقريب اي تقيد عجل
بما دون الشهر فليقضين دينه الى قريب والشهر بعيد وما اصطبغ به
فادام قال ابن الانباري الادام ما يطيب الخبز ويصلحه ويتلذذ به
الاكل وهو ما يعم المائع وغير المائع واما الصبغ مختص بالمائع وهو

ما يغمس فيه الخبز ويتلوث به كذا في المغرب وللتنبيه على عموم الادام قال
وكذا الملح لا الشواء هذا في المحمد فانه قال كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو
ادام كالملح والبيض ونحوه ولا يحنث في لا ياكل من هذا البسر
فاكل من رطبه او من هذا الرطب او اللبن اللبن ليس بماكول
بل مشروب الا ان ما اتخذ منه ماكول فاكله تمرا او شيرازا وهو الذي
استخرج ماؤه او بسرا فاكل رطبا قال في المبسوط لان الرطب وان
كان من جنس البسر الا ان الانسان قد يمتنع من تناول احدهما
ولا يمتنع من تناول الاخر فان كلا من الصفتين تصلح داعية الى
اليمين والاصل انه متى عقد يمينه على عين بوصف يدعو ذلك
الوصف الى اليمين يتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف وينزل منزلة
الاسم او لحما فاكل سمكا طريا كان او مالحا وفيه خلاف مالك
او لحما او شحما فاكل الية ولا في لا اشتري رطبا فاشترى
كباسة بسر فيها رطب الكباسة هي عنقود النخلة ويحنث لو حلف
لا ياكل رطبا او بسرا او ولا بسرا فاكل مذنبا اي اكل رطبا مذنبا
او بسرا مذنبا والرطب المذنب بكسر النون الذي اكثره رطب
وشيء قليل منه بسر والبسر المذنب عكسه هذا عنده وقال ابو يوسف
لا يحنث في الرطب بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب ومحمد مع
ابي يوسف فيما ذكر في الهداية ومع ابي حنيفة فيما ذكر في المبسوط
والايضاح والاسرار وغيرها او لا ياكل لحما فاكل كبدا او كرشا

لانهما لحم حقيقة فانّ نموهما من الدم ويستعملان استعماله وقال
صاحب المحيط هذا في عادة اهل الكوفة واما في عرفنا فلا يحنث
باكلهما لانهما لا يعدان لحما • او لحم خنزير او انسان • لانه لحم حقيقة
الا انه حرام وذكر العتابي انه لا يحنث باكل لحم الخنزير والادمي
قال في الكافي وعليه الفتوى • والغداء الاكل • اي المأكول من طلوع
الفجر الى الظهر والعشاء منه الى نصف الليل والسحور منه الى الفجر وفي
ان لبست او اكلت او شربت ونوى معينا • اي نوى ثوبا
معينا او طعاما معينا او شرابا معينا • لم يصدق اصلا • اي لا قضاء
ولا ديانة لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه
غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه
ولو ضم ثوبا او طعاما او شرابا • وقال نويت شيئا دون
شيء دين • اي صدق ديانة لا قضاء لان اللفظ عام فنية
التخصيص صحيح الا انه خلاف الظاهر • وامكان البر حقيقة • انما
قال حقيقة لان امكانه عادة ليس بشرط عند ائمتنا الثلثة
خلافا لزفر • شرط انعقاد الحلف • سواء كان بالله او بالطلاق
او بالعتاق • وبقاؤه ممكنا شرط بقائه • خلافا لابي يوسف فيهما
فمن حلف لا اشربن من هذا الكوز اليوم ولا ماء فيه • تفريع على
الخلاف الاولى ولا تاثير لقوله اليوم في هذه الحلف انما تاثيره في الحلف
الثانية فانه اذا لم يذكر فيها القيد المذكور حنث في قولهم جميعا

على ما يفصح عنه قوله وان اطلق فكذا في الاول دون الثاني
ووجه الفرق عندهما ان في المطلق يجب البر كما فرغ لكن موسعا
بشرط ان لا يفوته مدة عمره فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه
اليمين يحنث في يمينه اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من
الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم الامكان فلا يجب
البر فيه ويبطل اليمين • او كان فصب في يومه • تفريع على الخلاف الثاني
لا يحنث خلافا له فانه • يحنث عنده فيهما وكذا في صورتي المطلق
الا ان الحنث في المطلق في الحال وفي الموقت بعد مضي الوقت
وتفصيل التعليل من الطرفين يطلب من الهداية والفرق
بين التفريعين على الوجه الذي ذكرناه ظاهر منه وان خفي على
بعض الناظرين فيه • وان اطلق فكذا في الاول دون الثاني
قد مر بيانه • وفي ليصعدن السماء او ليقلبن الحجر ذهبا او
ليقتلن فلانا عالما بموته انعقد • لامكان البر • وحنث • للعجز عادة
وفيه خلاف زفر كما مر • وان لم يعلم فلا • اذ ح يراد القتل المتعارف
وهو ممتنع بخلاف ما اذا علم فانه حينئذ يراد قتله بعد احياء الله وهو
ممكن • ومد شعرها وخنقها وعضها كضربها • وقطن ملك
بعد ان لبست من غزلك فغزلته ونسج ولبس هدي • قوله قطن
مبتدا فهدي خبره ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى
اليها هذا عنده وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزل من قطن ملكه

يوم حلفه • وخاتم ذهب حلي لا خاتم فضة وعندهما عقد لؤلؤ
لم يرصع حلي • هذا قاله • وبه يفتى • لا لانه يسمى به في القرآن بل لان
التحلي به على الانفراد معتاد • ومن حلف لا ينام على هذا الفراش
فنام على قرام فوقه حنث • لا من جعل فوقه فراشا آخر • لان القرام
تبع للفراش لا الفراش الآخر • او حلف لا يجلس على الارض فجلس على
بساط او حصير فوقه • لانه لم يجلس على الارض • ولو حال بينه وبينها
لباسه حنث • لانه جلس على الارض ولباسه تبع له • كمن حلف لا يجلس
على هذا السرير فجلس على بساط فوقه • لان الجلوس على بساط فوق
السرير جلوس على السرير • بخلاف جلوسه على سرير آخر فوقه • لانه مثل الاول
فقطع النسبة عنه • ولا يفعله يقع على الابد • ويفعله على مرة • يعني
ان كان على الترك تركه ابدا وان كان على الفعل بر بفعله مرة •
وبعلي المشي الى بيت الله او الى الكعبة يجب حج او عمرة مشيا ودم
ان ركب • ولا شيء بعلي الخروج او الذهاب الى بيت الله • لان التزام
الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولا يمكن ايجابها باعتبار حقيقة
اللفظ لانها ليست بقربة مقصودة • او المشي الى الحرم والمسجد الحرام
هذا عنده وعندهما يجب حج او عمرة فيهما • او الصفا او المروة
ولا يعتق عبد قال له مولاه ان لم احج العام فانت حر فشهدا بنحره
بالكوفة • هذا عندهما • وقال محمد يعتق لان هذه الشهادة قامت
على امر معلوم وهو التضحية بكوفة ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق

الشرط قال في كتاب الحدود من المبسوط لا يقال لا نسلم ذلك اذ لا ننكر
كرامة الاولياء فيجوز ان يكون في يوم واحد بمكة والكوفة لانا
نقول انا امرنا ببناء الاحكام على ما هو الظاهر المعروف وفيه
نظر لما مر في باب النسب من انه يثبت لمن ولدت لستة اشهر من
زوج مشرقي وزوجة في المغرب ولهما انها قامت على النفي لان
المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار
كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط به علم
الشاهد ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا كذا في الهداية فاندفع
غاية الامر الى آخره ما قيل ان النفي الذي يحيط به علم الشاهد مثل الاثبات
وحنث بصوم ساعة بنية في لا يصوم • لوجود الشرط اذ الصوم
هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب والشارع في الفعل يسمى
فاعلا عرفا لا بد من هذه الضميمة التي ذكرت في التبيين اذ به
يندفع ما يقال الصوم الشرعي وهو صوم اليوم واللفظ اذا كان له
معنى شرعي ومعنى لغوي يحمل على المعنى الشرعي لا يقال الشرعي
اطلقه على دون اليوم في قوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل اذ لا دلالة
في الآية المذكورة على اطلاق الصوم على الامساك ساعة ولو سلم
فليس كل ما يطلق عليه اللفظ في القرآن معنى شرعيا له وذلك ظاهر
لا لو صم يوما او صوما حتى يتم يوما • لانه يراد به الصوم المعتبر شرعا وذلك بانتهائه
الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به • وبركعة في لا يصلي لا بها

ولو ضم صلوة فيشفع لا اقل اراد بالشفع الركعتين ولا عبرة باتيان
القعدة. وبولد ميت في ان ولدت فانت كذا وعتق الحي في ان
ولدت فهو حر ان ولدت ميتا ثم حيا هذا عنده وقالا لا يعتق لان
الشرط قد تحقق بولادة الميت لانه ولد حقيقة وعرفا وشرعا حتى تنحل
اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء وله ان
مطلق اسم الولد تقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء
وهي لا تثبت في الميت. وفي ليقضين دينه اليوم وقضاه زيوفا او
نبهرجة او مستحقة او باعه به شيئا وقبضه بر ولو كان ستوقة
او رصاصا او وهبه له لا يأتي في آخر كتاب القضاء ما الزيوف
والنبهرجة والستوقة. وفي لا يقبض دينه درهما دون درهم حنث
بقبض كله متفرقا لا بقبض بعضه دون باقيه او كله بوزنين لم يتخللهما
الا عمل الوزن. وفيه خلاف لزفر. ولا في ان كان لي الا مائة فكذا
ولا يملك الا خمسين لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة
وفي الجامع الكبير لو ملك زيادة ان كان من جنس مال الزكوة حنث
والا فلا. ولا في لا يشم ريحانا ان شم وردا او ياسمينا لانه اسم
لما لا ساق له ولهما ساق. وفي البنفسج والورد يعتبر عرف بلده
اي بلد الحالف فان في الهداية على وفق ما في اصل الجامع الصغير ومن
حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف
في عرف اهل الكوفة ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء

ينبني عليه. وان حلف على الورد فاليمين على الورق. لانه حقيقة
والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه وذكر الكرخي في مختصره
انه لو اشترى الورق يعني فيما اذا حلف لا يشتري بنفسجا يحنث
ايضا قال في التبيين وهذا شيء مبني على العرف وفي عرف اهل الكوفة
بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن
فبني الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي عرف اهل بغداد
انهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج ايضا فقال يحنث به

باب الحلف على القول

وحنث في لا يكلمه ان كلمه نائما بشرط
ايقاظه. هذا على بعض روايات المبسوط قال صاحب الهداية وعليه
مشايخنا وفي التحفة وهو الصحيح. وفي الا باذنه ان اذن ولم يعلم
فكلمه. خلافا لابي يوسف فان عنده لا يحنث لان الاذن
الاطلاق ولهما ان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام
فاذا اذن ولم يعلم لا يكون اذنا وما في الهداية او من الوقوع
في الاذن وذلك لا يتحقق الا بالسماع لا يناسب المقام لان الكلام
فيما اذا لم يعلم لا فيما اذا لم يسمع. وفي لا يكلم صاحب هذا الثوب
فباعه فكلمه وفي لا يكلم هذا الشاب فكلمه شيخا. لا لان الوصف
المذكور لا يصلح مانعا من التكلم فيراد به الذات لان وصف الشباب
كوصف الصبى صالح للمنع من التكلم بل لانه لم يعتبر داعيا في الشرع
على ان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه. لا في لا يتكلم فقرأ القرآن

او سبّح او هلّل او كبّر في الصلوة وفي خارجها يحنث قال في الهداية
ان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وان قرأ في غير صلوته
حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما
وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة
ليس بكلام عرفا ولا شرعا وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة
ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبّحا يعني ان عقد يمينه
بالعربية قال الفقيه ابو الليث ان عقد يمينه بالفارسية
لا يحنث بالقراءة والتسبيح خارج الصلوة ايضا للعرف فانه يسمى
قارئا ومسبّحا لا متكلما وعليه الفتوى ويوم اكلّمه على الملوين
لما عرف في باب ايقاع الطلاق ان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد خاصة
يراد به مطلق الوقت والكلام لا يمتد وصحّ نيّة النهار اي
لانه يستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف انه لا يصدّق قضاء لانه
خلاف المتعارف وليلة اكلّمه على الليل وفي لا اكلّم عبده او امرأته
او صديقه او لا يدخل داره ان زالت اضافته وكلّم لا يحنث
في العبد والدار ذكره في المنظومة وسائر الكتب اشار اليه
بهذا او لا وفي غيره ان اشار بهذا حنث والا فلا بعد اعدهما
وقال محمد وزفر يحنث في العبد والدار ايضا لهما ان الاضافة
للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت
ولغت الاضافة وصار كالمرأة والصديق وللشيخين ان الداعي

الى اليمين

الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى
لذواتها فكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملّاكها فتتقيّد اليمين
بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كما
في الصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف
والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم
وحين وزمان بلا نيّة نصف سنة نكّرا او عرّف لان الحين قد يراد به
الزمان القليل قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين
تصبحون وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على
الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى
تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان
اليسير لا يقصد بالمنع لعدم الحاجة اليه والمؤبّد لا يقصد غالبا لانه
بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبّد فيتعين ما ذكرنا وكذا الزمان
يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد
ومعها ما نوى يعني اذا ذكرا اذا لم يكن له نيّة اما اذا نوى شيئا فهو على
ما نواه لانه حقيقة كلامه والدهر لم يدر منكرا وللابد معرّفا قال
ابو حنيفة لا ادري ما هو وعندهما نصف سنة مثل الحين قوله منكرا
احترازا عن المعرف فانه لا خلاف فيه انه للابد لقوله عليه السلام لا صيام
لمن صام الدهر واراد جميع العمر مؤبدا على الرواية الصحيحة وفي
رواية بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة لا فرق بينهما وايام

منكرة نكتة هذا على رواية الجامع وفي رواية كتاب الايمان يقع
على عشرة عنده وعندهما على سبعة ايام كذا في التحفة وقال الامام
السرخسي في المبسوط وان قال اياما ولا نية له على قول ابي يوسف
ومحمد هو على ثلثة ايام وكذلك قول ابي حنيفة في الجامع الكبير وهو
الصحيح وذكر هنا على قوله يكون على عشرة ايام سواء قال اياما
او قال الايام واكثر مشايخنا على ان هذا غلط والصحيح ما ذكر
في الجامع واياما كثيرة والايام والشهور عشرة هذا عنده وعندهما
سبعة في الايام وستة في الشهور وفي هذا اخر ان بعته
او شريته ان عقد بالخيار المراد خيار البايع في الاول وخيار المشتري
في الثاني وشرط فيه ان لا يكون للبايع ايضا خيار اذ لو كان له
خيار لا يخرج المبيع عن ملكه فلا يتمكن المشتري من التصرف فيه وجواب
المسئلة على اصلهما ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع دخول
المبيع في ملكه عندهما واما على اصله فلانه لما علق العتق بالشراء
فكانه قال بعد الشراء بالخيار فهو حر لان المعلق بالشرط كالمنجز
عند وقوعه فيعتق وفي ان لم ابعه فكذا اي عتق او دبر لان
الشرط وهو عدم البيع قد تحقق لفوت المحلية لانه لا يجوز ان يتكرر
الرق اذا كانت امة بالارتداد واللحوق بدار الحرب ثم السبي
وكذا يجوز بيع المدبر بقضاء القاضي لان الحالف عقد يمينه باعتبار
هذا الملك وقضاء القاضي ببيع المدبر موهوم والاحكام لا تبتني

على الموهومات فتحقق اليأس عن البيع نظرا الى الحال وفعل وكيله
او مأموره لا بد من هذا لعدم صحة التوكيل في بعضها ذكر على ما
اشير اليه في الهداية في حلف النكاح والطلاق بمال او بغير مال والخلع
والعتق والكتابة والصلح عن دم عمد والهبة والصدقة والاقراض
والاستقراض والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة
والذبح وضرب العبد والقضاء والاقتضاء اي قضاء الدين واقتضائه
والبناء والخياطة والكسوة والحمل لان الوكيل في هذه الامور سفير
ومعبر ولهذا لا يضيفها الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر
لا اليه ولو قال نويت ان لا افعل بنفسي يصدق في الذبح
والضرب ديانة وقضاء وفي النكاح ديانة لا قضاء لا في حلف
البيع والشراء والاجارة والاستيجار والصلح عن مال يعني الصلح عن
اقرار لما سياتي ان الوكيل في الصلح عن انكار سفير محض
والخصومة والقسمة وضرب الولد لان العقد انما [illegible]
من المباشر حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان المباشر هو الحالف
يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد وما يقوم مقامه
من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه
تشديدا او يكون الحالف ممن لا يباشر هذه العقود بنفسه لانه يمنع
نفسه عما يعتاده والفرق بين ضرب العبد وضرب الولد ان الضرب
فعل حسي لا ينتقل من احد الى آخر الا اذا صح التوكيل وصحة التوكيل

يكون في الاحوال فيصح في العبد دون الولد وفي قول عبد اشتريه
حر ان اشترى عبدا عتق اي لا احتياج في اوليته الى شراء عبد آخر
وان اشترى عبدين ثم آخر فلا احدا لان الاول فرد لا يكون غيره
من جنسه سابقا عليه ومقارنا له ولم يوجد فان ضم وحده اي ان
قال اول عبد اشتريه وحده حر فاشترى عبدين ثم آخر عتق الثالث
لانه اول عبد شراه وحده وفي آخر عبد ان اشترى عبدا ومات لم يعتق
اي قال آخر عبد اشتريه حر فاشترى عبدا ومات المشتري لا يعتق
هذا لان الاول لم يوجد والآخر لا بد له من اول وان كان
الاول بمنه وهذا كالقبل والبعد فان للبعد لا بد من قبل بخلاف
القبل وان شرى عبدا في الصحة لا بد من هذا القيد اذ لو كان
الشراء في مرض الموت يكون العتق من الثلث بلا خلاف ثم آخر ثم مات
عتق الآخر يوم شرى من كل ماله عنده وعندهما يوم مات من ثلثه
لان الآخرية لا يثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت
فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه وله ان الموت معرف فاما اتصاف
بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت بطريق التبيين لا بطريق الاستناد
كما يفهم من الهداية اعلم ان لثبوت الاحكام اربعة طرق الاول
الاقتصار كثبوت الاحكام بالتصرفات الانشائية بلا تعلق بمانع والثاني
التبيين وهو ان يتبين في الحال ان الحكم كان ثابتا من قبل
كثبوت حكم الحيض بعد تمام ثلثة ايام والثالث الاستناد وهو ان يثبت

الحكم بعد زوال المانع مضافا الى السبب السابق كثبوت الملك للغاصب
بعد الضمان مستندا الى الغصب السابق والرابع الانقلاب وهو تبدل
الحكم الى آخر كتبدل الحكم البر في اليمين بعد الحنث الى الكفارة ويصير
الزوج فارا لو علق الثلث به اي بالآخر صورتها رجل قال آخر امرأة
اتزوجها طالق ثلثا فتزوج امرأة ثم اخرى ثم مات طلقت
عند التزوج فلا يصير فارا فلا ترث هذا عنده وعندهما تطلق
عند الموت عندهما فيصير فارا فترث وبكل عبد بشرني بكذا فهو حر
عتق اول ثلثة بشروه متعاقبين لان البشارة اسم لخبر يغير
بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف وهذا انما يتحقق من
الاول وان بشروه معا عتق الكل لان البشارة تحققت من الكل
وتسقط الكفارة بشراء ابيه لها اي الكفارة وقال زفر والشافعي
لا تسقط لان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان
الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء
القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده
مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره
وصار نظير قوله سقاه فارواه كذا في الهداية والمبسوط وتحقيق
تعليلنا ان عتق القريب يثبت بالقرابة والملك جميعا ومتى تعلق
الحكم بعلة ذات وصفين يحال به على آخرهما وجودا لان تمام العلة به
وآخر الوصفين هناك الملك فيكون له معتقا وبهذا تبين فساد

ما قيل فيهما جعلا القرابة علة للعتق والملك شرطا ونحن جعلنا على الكل
لا بشراء عبد حلف بعتقه اى قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر
فشراه بنية الكفارة لا تسقط الكفارة لان الشرط قران النية
بعلة العتق وهي اليمين واما الشراء فشرطه لا يقال قد ذكر في
اصول الفقه ان التعليق عندنا يمنع العلية فاذا وجد الشرط
يصير المعلق علة حينئذ فيكون النية مقارنة لعلة العتق لانا نقول
قد ذكر في الاصول ايضا ان المعتبر مقارنة النية لذات العلة لا لوصف
العلية ولذلك شرطوا الاهلية حال التعليق لا حال وجود الشرط
الذي هو زمان حدوث العلية واللازم من منع التعليق العلية
قبل وجود الشرط مقارنة النية للعلية لا مقارنتها لذات
العلة ومستولدة عطف على عبد اى ولا بشراء مستولدة بنكاح علق
عتقها عن كفارتها بشرائها صورتها ان يقول لامة استولدها
بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها
تعتق لوجود الشرط ولا تجزئه عن الكفارة لان حريتها مستحقة
بالاستيلاد وتعتق بان تسريت امة فهي حرة من شراها
وهي ملكه يوم حلف لا من شراها فتسراها خلافا لزفر له ان التسري
لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا له وفيه نظر وهو ان
هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول به ولهم ان الملك
يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرطه فيتقدر بقدره ولا يظهر

في حق الجزاء وهو الحرية والتسري وهو ان يبوئها بيتا ويحصنها
اى يمنعها من الخروج والاشتهار وشرط في الجامع الكبير شرطا
ثالثا وهو ان يجامعها هذا عندهما وعنده مع هذه الثلث
يشترط طلب الولد حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده
خلافا لهما كذا في الحقائق وبكل مملوك لي حر امهات اولاده
ومدبروه وعبيده لا مكاتبوه لانه اضاف العتق الى مملوك
مطلق والملك في الاولين مطلق كامل رقبة ويدا وانما النقصان
في الرق وملكه في المكاتب ناقص وان كان رقه كاملا لثبوته
رقبة لا يدا الا بنيتهم لان فيه تغليظا على نفسه وتشديدا
وبهذا حر او هذا وهذا عتق ثالثهم وخير في الاولين كالطلاق
لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاولين
ثم عطف الثالث على المعتق لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص
بمحله فصار كما اذا قال هذا حر وهذا ولام دخل على فعل
يقع عن غيره كبيع وشراء واجارة وخياطة وصياغة وبناء
اقتضى امره ليخصه به فلم يحنث في ان بعت لك ثوبا ان باعه بلا
ملكه او لا اراد بدخوله على فعل قربه منه لا تعلقه به لانه امر
معنوي لا يوقف عليه الا من جهة المتكلم وعبارة الهداية صريحة فيه
حيث قال بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك لان حرف اللام
دخل على الغير لانه اقرب اليه ففي قوله ان بعت لك ثوبا فعبده

في اللام متعلق بالبيع فيقتضي اختصاص البيع بالمخاطب والفعل لا يختص بغير الفاعل الا بالامر فلهذا اقتضى الامر وان دخل على عين او فعل لا يقع عن غيره كالاكل والشرب والدخول وضرب الغلام ذكر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد دون العبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فصار نظير الاجارة لا نظير الاكل والشرب والغلام يطلق على الولد قال الله تعالى فبشرناه بغلام وذكر قاضي خان ان المراد به العبد المعروف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم به فانصرف الى المحل المملوك بالتقديم والتاخير كذا في التبيين. اقتضى ملكه فحنث في ان بعت ثوبا لك. هذا نظير الدخول على العين وهو الثوب وفي ان اكلت لك طعاما. هذا نظير دخوله على فعل لا يقع عن غيره. ان باع ثوبه او اكل طعامه بلا امره علم بذلك اولم يعلم. وفي كل عرس لي فكذا بعد قول غيره تحت على طلقت مني وصح نيته غيرها ديانة. لا قضاء لانه تخصيص العام هذا هو الوجه لما ذكر واما ما قيل فانه قال هذا الكلام ارضاء لها فيكون المراد غيرها لا هي وبه ما روي عن ابي يوسف انها لا تطلق واجيب عنه في الهداية بانه قد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع مع التردد لا يصلح مفيدا

كتاب الحدود

الحدود ستة انواع حد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف وحد السرقة وحد قطع الطريق فمن قال انها خمسة لم يصب

منهم الامام القاضي خان حيث قال في فتاواه الحدود خمسة حد الزنا وحد القذف وحد الشرب وحد السرقة وحد قطاع الطريق ومنشاؤه عدم الفرق بين حد الشرب وحد السكر والفرق واضح على ما ذكر في البدايع حيث قال واما حد الشرب وسبب وجوبه الشرب وهو شرب الخمر خاصة حتى يجب الحد بشرب قليلها وكثيرها ولا يتوقف الوجوب على حصول السكر منها وحد السكر وسبب وجوبه السكر الحاصل بشرب ما سوى الخمر من الاشربة المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب والمطبوخ ادنى طبخة من عصير العنب او التمر او الزبيب او المثلث ونحو ذلك ومنهم صاحب البدايع حيث قال الحدود خمسة انواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف ومنشاؤه عدم الفرق بين حد السرقة وحد قطع الطريق والفرق واضح على ما ذكر في الخانية وغيرها. الحد عقوبة مقدرة تجب. زاد هذا القيد على ما في الهداية كيلا يتوهم انتقاضا بمقدرة. حقا لله تعالى. لا يشكل هذا بحد القذف لان الغالب فيه عندنا حق الله تعالى وما فيه من حق العبد في حكم التبع فلهذا اذا عفي عنه المقذوف بعد ما قضى القاضي به لا يسقط الحد ذكره في المبسوط. فلا يسمى تعزير. لا قصاص حدا. اما التعزير فلعدم التقدير واما القصاص فلانه حق العبد هذا التعليل يعلمهما ايضا بخلاف ما قيل فلانه حق ولي القصاص فانه لا يتعلق الا انه

عند سما حق المقتول وينتقل الى الورثة بطريق الخلافة على ان المقتول
قد لا يكون له ولي ويستوفيه السلطان وليس حقه ولذلك
لا يملك العفو والزنا وطئ حرام قال في التحفة وانما شرطنا كونه
حراما لان وطئ المجنون والصبي لا يكون زنا لان فعلهما لا يوصف
بالحرمة في قبل آثر القبل على الفرج لاختصاصه بالانسان بخلاف
الفرج قال عن الملك قيد الحرمة لا يغني عن هذا لانه قد يجامع الملك
كما في الامة المجوسية وشبهته المراد ملك الوطئ وشبهته وكذلك
عرف الملك وشبهة الملك الشبهة في المحل لا الشبهة في الفعل
المسماة بشبهة الاشتباه فان وجودها لا ينافي تحقق الزنا فعنده
الثلث لا تصلح مثالا ههنا لان الموجود فيها الشبهة في الفعل دون
الشبهة في المحل على ما سنقف عليه ويثبت بشهادة اربعة في
مجلس واحد اتحاد المجلس شرطا لصحة الشهادة بالزنا عندنا خلافا
للشافعي حتى لو جاؤا متفرقين لا تقبل عندنا ويحدون حد القذف
خلافا له ذكره في المبسوط بالزنا لا بوطئ او جماع فيسألهم الامام
ما هو هذا لان بعض الناس يطلقونه على كل وطئ حرام والشرع ايضا
اطلقه على غير هذا الفعل حيث قال العينان تزنيان وكيف هو
هذا للاحتراز عن الاكراه ذكره في شرح مشكلات القدوري لا لانه
يمنع الوطئ من غير التقاء الختانين لانه يندفع بتفسير ماهية الزنا
على ما سنقف عليه واين زنى هذا لان الزنا فيما لا يدخل تحت ولاية

الامام

الامام لا يوجب الحد ومتى زنى هذا ليس لان التقادم لا يوجب
الحد لانه يوجب اذا كان ثبوته بالاقرار صرح به في المبسوط بل لان
التقادم يمنع قبول الشهادة على الزنا اذا لم يكن التاخير لعذر
وبمن زنى هذا السؤال عن المزنية اذا كان الشهادة على الزاني
وفائدته الاستكشاف عن الشبهة وعن الزاني اذا كان الشهادة
على المزنية وفائدته الاستكشاف عن شرط التكليف وهذه الفائدة
توجد في الاول ايضا فان بينوه وقالوا رأيناه وطئها في
القبل كالميل في المكحلة فيه بيان انه لا يكتفي في بيان ماهية الزنا
بالاجمال وعدلوا سرا وعلنا حكم به وباقراره عطف على قوله بشهادة
اربعة مكلفا ذكره في الهداية اربعا اي اربع مرات خلافا للشافعي
فانه يثبت عنده باقراره مرة في اربعة مجالس خلافا لابن ابي ليلى
فان عنده يقام بالاقرار اربعا وان كان في مجلس واحد ذكره
في المبسوط رده كل مرة الا الرابعة قال في المبسوط ينبغي للامام
ان يرد المعترف بالزنا في المرة الاولى والثانية والثالثة لحديث ماعز
عرضه للحد والمعترفين بالزنا فاذا اعاد الرابعة واقر عنده
سأله عن الزنا ثم سأله فائدة السؤال عن متى غير منحصرة فيما مر بل له
فائدة اخرى نعم صورة الاقرار وهي انه يحتمل ان يكون الزنا
في زمان الصبي وبالسؤال المذكور ينكشف ذلك فلا بد منه ايضا
ولذلك قال كما مر اي على الوجه المذكور ولكن ان تقول لا حاجة

مهنا الى السؤال عن الزنية لما سنأتي ان جهلها لا يمنع وجوب الحد
بالاقرار. فان بين حيث تلقينه رجوعه بلعلك لمست او قبلت او
وطئت بشبهة فان رجع قبل حده او في وسطه خلي خلافاً
للشافعي وابن ابي ليلى. والاحد وهو المحصن اي الحر مكلف مسلم
والشافعي يخالفنا في شرط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية
وطئ بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان. قيد للنوع عن الوطئ
لا للشروع فيه فلا حاجة الى التكلف الذي ارتكب في توجيهه
وههنا شرط آخر وهو ان لا يبطل احصانهما بالارتداد فانه في شرح
الطحاوي ولو ارتدا بطل احصانهما ثم اذا اسلما لا يعود احصانهما
الا بالدخول بها بعد الاسلام. رجمه. لم يقل بالحجارة لانه معتبر في
مفهوم الرجم. في فضاء حتى يموت يبدأ به شهوده وعند الشافعي
لا يعتبر في الرجم بداية الشهود ولكن الامام هو الذي يبدأ به فان
ابى. اي من الابتداء. احدهم. لم يقل فان ابوا اذ يكفي في سقوطه
اباء واحد منهم صرح به في المبسوط. او غاب او مات. ولو بعد القضاء
سقط ثم الامام. هذا ليس ضما كيف حضوره ليس بلازم. ثم الناس
وفي المقر يبدأ الامام ثم الناس وغسل وكفن وصلي عليه. وغير المحصن
هذا باطلاقه يشمل المستأمن ولا حد عليه وانما اطلق اعتماداً على
الآتي ذكره كما اطلق في قوله جلده مائة. حيث لم يذكر قيد الحر اعتماداً
على قوله وبرقيق نصفها. وسطا بسوط لا ثمرة له لان علياً رضي

لما اراد

لما اراد ان يفهم الحد كسر ثمرته وفي عبارة الكسر دلالة على ان المراد
من الثمرة العقدة وهي ذنبه لا العقدة. ونزع ثيابه الا الازار
ويفرق على بدنه الا رأسه. وفي القول الاخير لابي يوسف يضرب
الرأس ايضا ضربة واحدة. ووجهه وفرجه قائما في كل حد بلا مد
اي من غير ان يلقى على الارض ويمد رجلاه وقيل من غير ان يمد
الضارب يده فوق رأسه وقيل من غير ان يمد السوط على العضو
بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق فان قلت
هل يمكن ارادة هذه المعاني معا من قوله بلا مد قلت نعم فان
المشترك ينتظم المعاني المتعددة اذا كان في موضع النفي ذكره
صاحب الهداية في باب الوصية للاقارب. وللرقيق نصفها ولا يحده
سيده الا باذن الامام. خلافا للشافعي. ولا ينزع من ثيابها
الا الفرو والحشو وتحد جالسة. وجاز الحفر اي في الرجم لها لا له
ولا جمع بين جلد ورجم ولا جلد ونفي الا سياسة. خلافا للشافعي
فان غير المحصن لو زنى يجلد ويغرب سنة عنده حداً وعندنا
التغريب غير مشروع حداً الا ان يرى الامام المصلحة في ذلك
فيغربه على قدر ما يرى تعزيراً او سياسة كذا في الحقائق. ويرجم
مريض زنى ولا يجلد حتى يبرأ. وحامل زنت ترجم حين وضعت و
تجلد بعد النفاس لان النفاس نوع مرض. وتحبس كيلا تهرب
الا اذا ثبت اي الزنا باقرارها فانها حينئذ لا تحبس لان الرجوع

عنه عامل فلا يفيد الحبس **باب وطئ يوجب الحدّ ولا** الشبهة
دارئة للحد. اعلم ان الشبهة ثلثة اضرب في الفعل وفي المحل
وفي العقد ولكن درج الثالثة في الثانية لان النسب يثبت
فيها ولا شئ فيها على الجاني وان اعترف بالحرمة. وهي في الفعل
تثبت بالاشتباه غير الدليل دليلا لان ذلك الظن هو نفس الشبهة وقد
افصح عن ذلك صاحب الهداية. فلم يحد الجاني ان ادعى الحل لم يقل ان
ظن انها تحل له لان العبرة لدعوى الظن لا للظن بنفسه فانه يحد ان
لم يدع وان حصل له الظن ولا يحد ان ادعى وان لم يحصل له الظن
في وطئ امة ابويه وعرسه خلافا لزفر فيهما. وسيده والمرهون
المرهونة في الاصح احتراز عن رواية كتاب الرهن. والمعتدة بثلث
وبطلاق على مال وباعتاق ام ولده. اعلم ان اتصال الاملاك
بين الاصول والفروع قد يوهم ان للابن ولاية وطئ جارية
الاصل كما في العكس وغنى الزوج بمال الزوجة المفهوم من قوله تعالى
ووجدك عائلا فاغنى اى بمال خديجة رضها قد يورث شبهة
ولاية تصرف الزوج في مال الزوجة والبسوطة بين العبد والمولى
في الانتفاع بماله ورضاه بذلك عادة مظنة لاعتقادهم حل
وطئ جاريته لان وطئ الجوارى من قبيل الاستخدام ولا دخل لكونهم
معذورين بالجهل في ظنهم هذا انما دخله في الاعتبار بذلك الظن ومالكية
المرتهن المرهونة بملك يده توهم حل وطئ المرهونة له وبقاء اثر الملك

هو العدة لا يبعد ان يورث الاشتباه في حل وطئ المعتدة بثلث
والمعتدة بطلاق على مال والمعتدة باعتاق حال كونها ام ولده
وفي المحل بقيام دليل ناف للحرمة ذاتا فلم يحد وان اقر بحرمتها عليه
وطئ امة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات والبائع المبيعة والزوج الممهورة
قبل تسليمها والمشتركة. الدليل النافي للحرمة ذاتا قوله عليه السلام
انت ومالك لابيك وقول بعض الصحابة رضه ان الكنايات رواجع
وكون المبيعة في يد البائع بحيث لو هلكت ينتقض البيع دليل
الملك وكون المهر صلة اى غير مقابل بمال دليل عدم زوال الملك
كالهبة والملك في الجارية المشتركة دليل حل الوطئ ومعنى قوله ناف
للحرمة ذاتا انا لو نظرنا الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون
نافيا للحرمة. فان ادعى النسب يثبت في هذه لا في الاولى وفي العقد
اى فيما اذا كان الشبهة في العقد يثبت النسب بالعقد. فلم يحد بوطئ
محرم نكحها. سواء كان عالما بالحرمة او لم يكن ولكن ان كان عالما
بها يوجع بالضرب تعزيرا له هذا عنده وعندهما وهو قول الشافعي
ان كان عالما يحد في ذات زوج ومحرمة عليه على التابيد.
وحد بوطئ امة شقيقه وشقيق اصله واجنبية. وجد ما على فراشه
يعني وان ظن انها تحل له. وان هو اعمى الا باجنبية اي لا يحد بوطئ
اجنبية زفت اليه وقيل هي عرسك. لم يقل وقلن اذ يكفي خبر الواحد
وعليه مهرها وذمية عطف على الضمير المستتر في وحد وحد جائز

لوجود القاصلة زنى بها حربي وذمي زنى بحربية لا الحربي والحربية
يعني الداخلين دارنا بامان اذ لا حد في دار الحرب وعند ابي يوسف
يحدون جميعا وعند محمد ان زنى الحربي لا احد ولائط وطئ
بهيمة لكنه عزر وانى في دبره هذا عنده وعندهما وهو احد قولي
الشافعي يحد حد الزنا ان لم يكن المأتي به عبده او امته او منكوحته
قال في الحقائق لو فعل هذا بعبده او امته او منكوحته لا يحد بلا خلاف
وان كان حراما بالاجماع وفي قول آخر للشافعي يقتلان بكل حال لقوله
عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول لهما انه في معنى الزنا لانه قضاء
الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد
سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه
من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع
باتباع الحجارة وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة
الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي
في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه الشافعي
محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر لما بيناه كذا في الهداية
وفي شرح الجامع الصغير للتمرتاشي والرأي فيه الى الامام ان شاء
قتله اذا اعتاده وان شاء ضربه وحبسه او زنى في دار حرب
او بغي خلافا للشافعي ولا بزنى غير مكلف بمكلفة اصلا اي لا على
هذا ولا على هذه وعند زفر والشافعي يحد هي وفي عكسه حد هو

فقط ولا ان اقر واحد به والآخر بنكاح وفي قتل امة بزنا يجب
الحد والقيمة والخليفة لا يحد لا لانه صاحب الحق بل لانه صاحب
الاستيفاء ويقتص ويؤخذ بالمال لانه يستوفيه ولي الحق
اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين **باب شهادة الزنا
والرجوع عنها** من شهد بحد متقادم لم يمنعه البعد من امام الاعظم
للبعد اذا لم يكن منشأه للتأخير لم يقبل خلافا للشافعي الا في
قذف اذ فيه حق العبد وما فيه حقه فالدعوى فيه شرط
فيحمل التأخير على انعدامه وضمن السرقة اي ان شهدوا بالسرقة
المتقادمة يثبت الضمان لانه حق العبد فلا يسقط بالتقادم
ولم يقدر في الاصول تقديرا صريحا فظاهر ما يقول في الجامع الصغير
يشير الى انه ستة اشهر فما فوقها متقادمة وقد روي في غير
رواية الاصول ان الشهر فما فوقه متقادم وعن ابي يوسف
جهدنا بابي حنيفة حتى يبين لنا في ذلك مدة فابى وقال على قدر
ما يرى الامام فيه من الذخيرة وعن محمد وهو رواية عن الشيخين
انه قدره بالشهر قال في الهداية وهو الاصح وان اقر به اي بالحد
المتقادم حد خلافا لزفر وهو يعتبره بالبينة ولهم ان المانع
من قبول الشهادة على الحد المتقادم تطرق التهمة عليها من حيث
ان الشاهد على سببه مخير في الابتداء بين ان يستر عليه وبين ان يشهد
عليه فبتأخيره كان ميله الى الستر ظاهرا ثم اقدامه على اداء الشهادة

كان محمولاً على ان العداوة حملته على ذلك وهذا المعنى لا يوجد
في الاقرار الا في الشرب على ما يأتي فان قلت أليس ما ذكر
آنفا شاملاً للاقرار بالشرب قلت نعم ولذلك قال محمد التقادم
لا يبطل الاقرار بالشرب كما في حد الزنا الا ان الشيخين اخذا فيه
بالاثر ورجحاه على القياس وتقادم الشرب بزوال الريح وعند محمد
بمضي شهر وتقدر بمضي شهر قال في المبسوط والاصح ما نقل عن ابي يوسف
ومحمد انهما قدرا ذلك بشهر وان شهدوا بزنا وهي غائبة حد
وبسرقة من غائب لا لشرطية الدعوى في السرقة دون الزنا ولو
اختلف اربعة في زاويتي بيت حد استحسانا والقياس
ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق
ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية
اخرى بالاضطراب او اقر بزنى وجهلها حد لا لانه لا يخفى عليه
امرأته او امته لانها تحتمل ان تكون امة ابنه وهي يجوز ان يخفى عليه
بل لما ذكر في التقسيم والتشجير من شروح الجامع الصغير انه اقر بالزنا وهو
غير متهم في حق نفسه وان شهدوا كذلك اي شهدوا وجهلوا
الموطوءة لا حد على المشهود عليه لاحتمال انها امرأته او امته بل
الظاهر هو ولا على الشهود لوجود النصاب او اختلفوا في طوعها حد
عنده وهو قول زفر وقالا لا يحد الرجل لاتفاق الاربعة على زناه لا المرأة
للاختلاف في طوعها وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد

يقوم

يقوم بهما ولا يحد الشهود وكما مر او في بلد زناه لا حد عليهما ولا
على الشهود وكما مر وفي الكافي خلافا لزفر او اتفق اثنان في وقت و
اختلفا في بلده ولا حد عليهما للتيقن بكذب احد الفريقين ولا
رجحان لاحدهما فيرد الجميع ولا عليهم لاحتمال صدق كل فريق يعني
مع وجود النصاب اذ بدونه لا يجدي ذلك الاحتمال وبدون
احتمال الصدق لا يجدي وجود النصاب والله اعلم بالصواب
او شهدوا بزنى وهي بكر اي ثبت بكارتها بشهادة النساء
فيندرئ به حد الزنا ولا يثبت حد القذف لشرطية الرجال فيه
او هم فسقة لا حد عليه لان شهادة الفساق غير مقبولة ولا عليهم
حد لانهم اهل للشهادة وهم اربعة او شهدوا على شهود لم
يحد لان في شهادتهم زيادة شبهة وهم نسبوا المشهود عليه
الى الزنا بل حكوا شهادة الاصول بذلك والحاكي للقذف
لا يكون قاذفا وان شهد الاصول ايضا بعدهم لان شهادتهم
قد ردت من وجه برد فروعهم في غير هذه الحادثة اذ هم قائمون
مقامهم بالامر والتحمل وكفى هذا القدر في درء الحد واما ما قيل
انما ترد شهادة الاصول لانهم سعوا الى اثبات الزنا بامر غير مشروع
فلا يكون شهادتهم حسبة لله بل سعيا في اشاعة الفاحشة لعداوة
او نحوها فترد شهادتهم لهذه التهمة فلا يخلوا عن المصادرة لان
سعيهم الى اثبات الزنا بامر غير مشروع على تقدير عدم قبول شهادتهم

والكلام في اثباته فبناء بيانه على ذلك يفضي اليها قلنا وان شهدوا
عميانا او ثلثة او احدهم عبدا او محدود بقذف ترك المسئلة
القائلة او محدودين بقذف لانها مما ذكر بطريق الدلالة
او وجد كذا بعد الحد حدوا لعدم النصاب او اهلية الشهادة تحملا
او اداء فيجب الحد لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا
باربعة شهداء الآية وارش جرح جلده هدر اي جلد بشهادة الشهود
فجرحه الجلد ثم ظهر احد الشهود عبدا او محدودا في قذف فارش
الجلد هدر عنده وقالا في بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي
وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم وله ان الفعل الجارح
لا ينتقل الى القاضي لانه لم يأمره فيقتصر على الجلاد الا انه لا يجب
عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة
ودية رجمه في بيت المال اي رجم بشهادة الشهود ثم ظهر
احدهم عبدا ونحوه فدية الرجم في بيت المال وان رجع من الاربعة
بعد رجم حد اي حد الراجع فقط حد القذف وقال زفر لا يحد
لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت
فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولهم ان الشهادة
انما تنقلب قذفا بالرجوع اذ به تنفسخ شهادته فيجعل للحال قاذفا
للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتني عليه وهو القضاء في حقه
فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره

لقيام

لقيام القضاء في حقه وغرم ربع الدية وقال الشافعي يجب القتل
دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وقبله اي قبل
الرجم حدوا فقط اي حد جميع الشهود حد القذف ولا يحد المشهود
عليه وقال زفر ان كان الرجوع قبل الحكم يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق
على غيره ولهما ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال
القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون وقال محمد ان كان
الرجوع بعد الحكم حد الراجع ولا يحد الباقون لان الشهادة تأكدت
بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما
ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء
ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه ولا شيء على خامس رجع يعني
بعد الرجم وان رجع آخر حدا وغرما ربع دية لان المعتبر بقاء من
بقي لا رجوع من رجع وقد بقي النصاب في الاولى وثلثة ارباعه
في الثانية وضمن الدية من قتل المأمور برجمه بان ضرب عنقه مثلا
او زكي شهود زنى عطف على قتل فرجم فظهروا عبيدا او كفارا
فيهما اي في مسئلة القتل والتزكية والضمان على المزكي في قول
ابي حنيفة وعندهما لا ضمان عليه بل في بيت المال وبيت المال
ان لم يزك فرجم اي ضمن بيت المال اذا شهدوا بالرجم قبل التزكية
فظهروا عبيدا ونحو ذلك وان شهدوا بزنا واقروا بنظرهم عمدا
قبلت اي شهادتهم لانه يباح لهم النظر لتحمل الشهادة وان انكر

وطئ غيره وقد ولدت منه او شهد باحصانه رجل وامرأتان رجم
خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على اصله وهو ان شهادتهن غير
مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية
تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة
النساء فيه احتياطا للدرء ولهما ان الاحصان عبارة عن الخصال
الحميدة وانها مانعة عن الزنا فلا يكون في معنى العلة

باب حد الشرب

هو ثمانون سوطا للحر ونصفها للعبد بشرب الخمر ولو قطرة ومن
اخذ بريحها وان زالت لبعد المسافة قال في الذخيرة واذا اخذه
الشهود وهو سكران او اخذوه وقد شرب خمرا وريحها توجد منه
فذهبوا الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك منه يعني الرائحة قبل
ان ينتهوا به الى الامام يحد وهذا لان الاحتراز عن مثل هذا غير
ممكن فلا يعتبر مانعا عن اقامة الحد كما لو ذهبت الرائحة بالمعالجة
او السكر انما قال هذا لان الشرط وجود احدهما قال قاضي خان
في شرح الجامع الصغير وكذا لو شهدوا عليه بشرب الخمر وريحها توجد منه
او جاؤا به سكران ويوافقه اشارة صاحب الهداية في قوله فان
اخذه الشهود وريحها توجد منه او جاؤا به سكران ثم اشار الى حد
السكر بقوله زائل العقل هو من لا يفرق الارض من السماء ولا الرجال
من النساء وهذا عنده وعندهما من يهذي ويخلط كلامه جده بهزله
وعلى قولهما اكثر المشايخ وعند الشافعي المعتبر ظهور اثر السكر في مشيه

وحركاته واطرافه وهذا مما يختلف بالاشخاص فان الصاحي ربما
يتمايل في مشيه والسكران قد لا يتمايل ويمشي مستقيما او نبيذ
يعني النبيذ المحرم ذكره في التبيين او اقر به اي بشرب الخمر او المسكر
من سائر الاشربة المحرمة نبيذا كان او غيره مرة خلافا لابي يوسف
فانه يشترط الاقرار مرتين او شهد به رجلان انما قال رجلان
لعدم قبول شهادة النساء وعلم شربه طوعا اي لا مكرها ولا مضطرا
اشير الى هذا في الهداية يحد صاحيا قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير
لا يحد قبل ذهاب السكر لانه ربما يصحو فيعد على شبهة تمنع الحد
ولان الزجر لا يحصل باقامة الحد قبل ذهاب السكر وان اقر او شهدا
عليه بعد زوال الريح لم يحد هاهنا لا بعدها اعتمادا على ما فهم
مما سبق من قوله وان زالت لبعد المسافة او تقيا او وجد
ريحها منه اي علم شربه الخمر باحد هذين بلا اقرار وشهادة
او رجع عن اقرار شرب الخمر او السكر او اقر سكران لا اي لا يحد
في هذه الصور اعلم انه لا يحد عندهما ان اقر بعد ذهاب
ريحها وعند محمد يحد لانه غير متهم في الاقرار فيؤاخذ باقراره
كما في سائر الحدود ولهما ان حد الشرب بالاقرار ثبت باجماع
الصحابة رضه ولا اجماع الا برأي عمر وابن مسعود رضهما وقد شرطا
قيام الرائحة في اقامة حد الشرب بالاقرار ذكره في الذخيرة وكذا
اذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها لم يحد عندهما وقال محمد يحد

قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير اجمع اصحابنا على ان التقادم
يمنع قبول هذه الشهادة لكن اختلفوا في حد التقادم فيها فعندهما
حده فيها انقطاع الرائحة وعند محمد الشهر كما في سائر الحدود والمفهوم
من الهداية ان محمدا اخذ فيه بالقياس وهما اخذا بالاثر وهو
قول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه انهم
صرحوا في موضعه بان القياس لا مدخل له في المقدر خصوصا فيما يتعلق
بالحدود والتي حقها السقوط بالشبهة. ولو ارتد هو لا تحرم عرسه
اي لا يعتبر ارتداده لعدم القصد والاعتقاد وهو شرط فيه وعند ابي يوسف
ارتداده كفر ذكره في الذخيرة. وتنزع ثيابه وفرق جلده كما في
الزنا فيتوقى المواضع التي استثنيت في حد الزنا **باب حد القذف**
هو في اللغة عبارة عن الرمي مطلقا وفي الشرع. الرمي بالزنا فاذا
من قذف محصنا اي حرا مكلفا مسلما عفيفا عن الزنا وما في معناه
اشار اليه في المبسوط حيث قال واذا تزوج امرأة بغير شهود
او في عدة من زوج آخر او تزوجها وهي مجوسية ووطئها
سقط به احصانه لان العقد الفاسد غير موجب للملك والوطي
في غير الملك معنى الزنا. بصريحه. لو قال لامرأته يا زاني فعليه الحد
بالاتفاق ولو قال للرجل يا زانية فلا حد عليه عندهما استحسانا
وفي القياس عليه الحد وبه اخذ محمد كذا في المبسوط فما ذكر على الاطلاق
انما ينطبق على قوله. او يا زانئة في الجبل لان معناه زنيت في الجبل فانه

كما جاء ناقصا جاء مهموزا ايضا فلو قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت
صعود الجبل حد عندهما وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة
وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا
لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب
تعين الفاحشة مرادا وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان
مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه. او لست لابيك او لست لابن فلان
هو ابوه لكن امه محصنة. لا بد من هذا القيد لان المقذوف
بالزنا في الصور بين المذكور بين الام والمعتبر احصان المقذوف
لا احصان من يطلب الحد صرح بذلك في المبسوط. في غضب يتعلق
بالصور الثلث فان نفي النسب في غير الغضب يحتمل المعاتبة. او يا ابن
الزانية لكن امه ميتة محصنة حد ثمانين سوطا ان طلب. اي الحد
وسيأتي بيان من له الطلب. لا بلست يا ابن فلان هو جده. ونسبه
او الى عمه او خاله او رابه. اي زوج امه فالجد اب مجازا فلو نفى
ابوته لا يحد وكذا لو نسبه وكذا العم والخال والراب
يسمى ابا مجازا. او قوله يا ابن ماء السماء. ويا نبطي لعربي اذ لا يراد
نفي النسب بل التشبيه فيما يوصفان به وفيه نظر لان حالة الغضب
تأبى عن قصد التشبيه فيما يوصف به في الاول كما تأبى عن القصد
الى معنى الصعود في زنأت في الجبل. والطلب للقذف الميت للوالد
والوالد والولد وولده. يشمل هذا ولد البنت وفيه خلاف محمد

في غير ظاهر الرواية وقال زفر مع وجود الولد ليس لولد الولد
ذلك ذكره في الحقائق ولو محروما خلافا للشافعي مطلقا بناء
على ان حد القذف يورث عنده وعندنا لا بل يثبت لمن يلحق به
العار وكذا فيما كان المحروم عبدا او كافرا ولا يطالب احد سيده
واباه بقذف امه وليس له ارث هذا تنصيص بما فهم من قوله
ولو محروما وعفو واعتياض عنه وعند الشافعي يجري فيه الارث
ونحوه وهذا بناء على ان ما في حد القذف من حق العبد يغلب
عنده على حق الله تعالى تقديما لحق من له الحاجة وعندنا على العكس لان
حق العبد وهو دفع العار راجع الى حق الله تعالى ايضا بناء على
ان النسبة الى الزنا انما يكون سببا للعار لان الله تعالى حرمه
اي لا يخفى ما في هذا المبني من الخلل بل لان ما للعبد من الحق يتولاه
مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية
للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة وان قال يا زاني
فردت بل انت حدا لم يقل بل انت اذ لا حاجة الى زيادة لا ولو
قال لغيره وهو اهل للشهادة وانما قال هذا لانه اذا لم يكن اهلا
لا يكون موجب قذفه لعانا بل حدا فيحد فردت به قذفت ولا لعان
لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد
وفي الهداية بالحد ابطال اللعان لما عرفت ان المحدود في القذف
ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد

وبزنيت بك اي اذا ردت بقولها زنيت بك قذفا اي لا حد
ولا لعان لانها صدقته فسقط اللعان بتصديقها ولم تصر قاذفة
لان فعل المرأة بزوجها لا يكون زنا كذا في المبسوط ولاعن ان
اقر بولد ثم نفى لان النسب يثبت باقراره ثم بالنفي يصير قاذفا فيجب
اللعان وحد ان عكس لانه اكذب نفسه فيجب الحد والولد له فيهما
اي يثبت النسب في الصورتين لاقراره سابقا او لاحقا ولا شيء
بليس بابني ولا بابنك لانه انكر الولادة اصلا ولا حد
بقذف من لها ولد لا اب له اي ليس له اب معروف لانه امارة
الزنا وهي الولد فلا يوجد العفة عن الزنا والملاعنة بولد
انما قال بولد اذ يجب الحد بقذف الملاعنة بغير ولد والفرق بينهما
انه وجد في الاول امارة الزنا وهي ولادة الولد الذي
لا اب له دون الثاني ولا بقذف من وطئ حراما لعينه كوطئ
في غير ملك من كل وجه او من وجه كامة مشتركة او وطئ مملوكة
حرمت ابدا كالامة التي هي اخته رضاعا ولا بقذف من زنت في
كفرها ومكاتب مات عن وفاء لان الحد انما يجب بقذف
الحر وفي حرية هذا المكاتب اختلاف الصحابة رضهم وحد بقذف من وطئ
حراما لغيره كوطئ عرسه حائضا ووطئ مملوكة حرمت موقتة
كامته مجوسية او مكاتبة حرمة الاولى موقتة الى زمان
اسلامها او كونها كتابية والثانية الى زمان العجز وعند زفر

وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو رواية عن ابي يوسف
لمجوسي نكح امه فاسلم حد اعنده خلافا لهما ومبنى الخلاف على ان
النكاح المحارم حكم الصحة فيما بينهم اولا ومستامن بالرفع عطف
على الضمير المستتر في حد قذف مسلما لم يقل ههنا لعدم الحاجة الى ذكره
فان المستامن وان كان عاما بحسب المفهوم لمسلم دخل دار الحرب
بامان لكن خص ههنا بحربي دخل دار الاسلام بامان بقرينة ذكره
في مقابلة مسلم وكفى حد لجنايات اتحد جنسها فان اختلف لا
قال الشافعي ان اختلف المقذوف او المقذوف به لا يتداخل والا
يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده وعندنا لما كان حق الله
تعالى غالبا يتداخل اذ المقصود الانزجار اما اذا اختلف الجنايات
فالمقصود من جنس غير المقصود من الآخر

فصل التعزير

هو
تاديب دون الحد اصله التطهير قال الامام السرخسي في آخر
باب الامان من شرح كتاب السير الكبير لا نعام على الذمي ومستامن
ما كان محض حق الله تعالى ولكن يوجع عقوبة على ما صنع ويحبس في السجن
على قدر ما يرى الامام ولم يقل يعزر لان في لفظ التعزير ما ينبئ
عن معنى التطهير والتعظيم قال الله تعالى وتعزروه وتوقروه والكافر
ليس من اهله اكثره تسعة وثلثون سوطا لانه ينبغي ان لا يبلغ الحد
واقله اربعون وهي حد العبد في القذف والشرب هذا عندهما
وعند ابي يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا وفي رواية عنه وهو

قول زفر يبلغ به تسعة وسبعين سوطا وفي الذخيرة قال ابو يوسف
التعزير على قدر عظم الجرم وما يرى الحاكم في احتمال المضروب فيما بينه
وبين اقل من ثمانين وفي الامالي عنه لو ان قاضيا راى تعزيرا
مائة فقد اخذ بالاثر وان ضرب باكثر فهو بالخيار واقله ثلث
وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام يقدر بقدر ما يعلم
انه ينزجر منه لانه يختلف باختلاف الناس من الهداية وصح حبسه مع
ضربه وضربه اشد لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف
من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوت المقصود ولهذا لم يخفف
من حيث التفريق على الاعضاء ثم للزنا لانه ثابت بالكتاب
وحد الشرب ثبت باجماع الصحابة ومن وهم انه ثابت بالقياس
فقد وهم لما تقرر في الاصول ان القياس لا يجري في الحدود
ثم للشرب لان سببه متيقن به ثم للقذف لان سببه محتمل لاحتمال
كونه صادقا وعزر بقذف مملوك او كافر بزنا ومسلم المسلم
اذا اشتم الذمي يعزر ذكره تاتارخان وانما خص المسلم ههنا
بالذكر لمكان قوله يا فاسق يا كافر يا خبيث يا سارق يا فاجر
يا مخنث يا خائن يا لوطي قال في المبسوط اذا قال يا لوطي لا حد
عليه بالاتفاق لانه نسبه الى نبي من انبياء الله تعالى فلا يكون
هذا اللفظ صريحا في القذف فاما اذا افصح بنسبته الى ذلك الفعل
فعند ابي حنيفة يعزر ولا يحد لانه نسبه الى فعل لا يلزمه الحد بذلك

الفعل عنده وعنده مما يلزمه الحد لانه نسبه الى فعل يستوجب بما شرته
الحد عنده مما • يا زنديق • هو معرب زنده وزند اسم كتاب المجوسي كذا
في المغرب • يا لص • يا ديوث • هو الذي لا غيرة له ذكره الجوهري
يا قرطبان • هو الذي يرى مع امرأته او محرمه رجلا فيدعه خاليا بها
يا شارب الخمر يا آكل الربوا يا ابن القحبة • لا يقال القحبة في العرف
اشد من الزانية لان الزانية قد تفعل سرا وتأنف منه والقحبة من تجاهر به
بالاجرة لانا نقول لذلك المعنى لم يجب الحد بذلك اللفظ فان الزنا
بالاجرة يسقط الحد عنده خلافا لهما • يا ابن الفاجرة • فان الفجور يكون
بكل معصية • انت مأوى اللصوص انت مأوى الزواني • يا من يلعب
بالصبيان • يا حرام زاده • معناه المتولد من الوطئ الحرام وهو اعم
من الزنا لا يقال في العرف لا يراد ذلك بل يراد ولد الزنا لانا نقول
كثيرا ما يراد به الخبيث الخب فلهذا لا يجب الحد • لا يا حمار يا خنزير
يا كلب يا تيس يا قرد يا حجام يا ابنه وابوه ليس كذا يا مواجر
المواجر يستعمل فيمن يوجر اهله لزنى لكن معناه الحقيقي المتعارف
يؤذن بالزنا يا بغا هذا اللفظ من شتم العوام يتفوهون به
ولا يعرفون ما يقولون • يا ناكس • يا نخره • يا ضحكة • بوزن الصفرة
من يضحك عليه الناس وبوزن الهمزة من يضحك على الناس
وكذا السخرة ونحوه والضابط في هذا انه ان نسبه الى فعل اختياري
يحرم في الشرع ويعد عارا في العرف يجب التعزير والا لا فخرج بالقيد الاول

النسبة الى الامور الخلقية فلا يعزر في يا حمار ونحوه فان معناه الحقيقي
غير مراد بل معناه المجازي كالبليد وهو امر خلقي وبالقيد الثاني النسبة
الى ما لا يحرم في الشرع فلا يعزر في يا حجام ونحوه مما يعد عارا في العرف
ولا يحرم في الشرع وبالقيد الثالث النسبة الى ما لا يعد عارا في
العرف فلا يعزر في يا لاعب النرد ونحوه مما يحرم في الشرع وعلى
الهندواني انه يعزر في زماننا في مثل قوله يا كلب يا خنزير لانه
يراد به الشتم في عرفنا وقال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي
انه لا يعزر وقيل ان كان المنسوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية
يعزر لانه يعد سبا في حقه ويلحقه الوحشة بذلك وان كان
من العامة لا يعزر قال في التبيين وهذا احسن ما قيل فيه
ومن حد او عزر فمات هدر دمه • وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال
ولو عزر زوج عرسه لا • **كتاب السرقة** • هي لغة اخذ الشيء
من الغير على الخفية بحيلة وفي الشريعة زيدت عليه اوصاف
اخر تقف عليها كذا في الحقائق • ركنها الاخذ على سبيل الاختفاء
كذا في البدايع انما قال على سبيل الاستخفاء دون خفية لان الاخذ
خفية لا يوجد فيما اذا نقب الجدار ليلا واخذ المتاع مكابرة
فانه لم يأخذ خفية لكن سلك مسلك من يقصد الاخذ خفية
ومحلها مال مملوك • سيأتي في كتاب البيع ان بين المال والمملوك
عموما وخصوصا من وجه • متقوم • قال في البدايع ومنها اي من

الشرائط الراجعة الى المسروق ان يكون متقوما مطلقا فلا يقطع في
سرقة الخمر من مسلم مسلما كان السارق او ذميا لانه لا قيمة للخمر في حق
المسلم وكذا الذمي اذا سرق من ذمي خمرا او خنزيرا لا يقطع لانه وان
كان متقوما عندهم فليس بمتقوم عندنا فلم يكن متقوما على الاطلاق
محرز بلا شبهة احترازا عن المحرز بشبهة كما اذا سرق من بيت ذي رحم
محرم بمكان كبيت او صندوق او بحافظ كجالس في طريق او مسجد
عنده ماله قال في البدائع ومنها ان يكون محرزا مطلقا خاليا
عن شبهة العدم مقصودا بالحرز وهو شرطها لكونه خارجا عنها
محتاجا اليها ونصابها قدر عشرة دراهم وهو قول مالك كذا في الحقائق
وحكمها القطع فان سرق مكلف حر او عبد قدر النصاب واقر بها
هذا عند ابي يوسف لا يقطع الا اذا اقر مرتين ويروى عنه انهما
في مجلسين مختلفين لانه حد محض حقا لله تعالى كحد الزنا فلا بد فيه
من اقرارين حتى يقوم كل اقرار مقام شاهد واحد كما في حد الزنا
ولهما ان الاول كفاية الاقرار مرة واحدة لعدم التهمة في الاقرار
على نفسه وانما عدل عنه في حد الزنا بالنص على خلاف القياس
فلا يقاس عليه وذكر بشر رجوع ابي يوسف الى قولهما او شهد رجلان
وسألهما الامام ما هي لانه ربما يتوهم انه لا احتياج الا لاختفاء
كما في السرقة الكبرى وكيف هي ليعلم انه اخرج او ناول من هو خارج
ومتى هي ليعلم انها متقادمة ام لا واين هي ليعلم انها في دار
الاسلام

او في دار الحرب وكم هي ليعلم انها كان نصابا ام لا وممن سرق
ليعلم انه ذو رحم محرم اولا وبينا ما قطع وان شارك جمع فيها
واصاب كلا اي كل واحد منهم قدر نصاب قطعوا وان اخذ
بعضهم اي وان كان المباشرة لبعضهم فقط وفيه خلاف لزفر
وقطع بالساج والقنا والابنوس والصندل والفصوص الخضر
اريد به الزمرد والياقوت والزبرجد والاناء والباب
المتخذ من خشب انما عد هذه الاشياء لانها من جنس الحجر
والخشب المباحين في الاصل فيتوهم ان لا قطع فيها ثم ان المراد
بالباب غير المركب وانما اطلقه اعتمادا على ما سيأتي في حكم المركب
على خلاف هذا وفي الهداية انما يجب القطع في غير المركب اذا كان
خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لا بتافه يوجد مباحا في دارنا
كخشب وحشيش وقصب وسمك وصيد الصيد هو الحيوان
الممتنع المتوحش باصل الخلقة اما بقوائمه او بجناحيه فالسمك
ليس منه وزرنيخ ومغرة هي الطين الاحمر ونورة لا بما يفسد
سريعا كلبن ولحم وفاكهة رطبة وثمر على شجر عطف على ما يفسد
لا على لبن لان المراد منه ما يعم مثل الجوز واللوز مما لا يفسد
سريعا وبطيخ وقال الشافعي يقطع في كل شيء الا الماء والتراب
والطين والسرقين وهو رواية عن ابي يوسف كذا في التبيين
ولنا قول عائشة رضي الله عنها كانت اليد لا تقطع على عهد رسول

الله في الشيء التافه اي الحقير وقوله عليه السلام لا قطع في الطين
وقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر وزرع لم يحصد لعدم الحرز
ولا في اشربة مطربة والات لهو وصليب من ذهب وفضة
وشطرنج ونرد لان من اخذها يتأول الاراقة والكسر وباب
مركب سواء كان باب مسجد او غيره لانه حرز لا محرز خلافا للشافعي
ومصحف لانه يتأول القراءة او النظر خلافا للشافعي وصبي حر
لانه ليس بمال ولو محليين لان الحلية تبع وعن ابي يوسف انه يقطع
اذا بلغت الحلية نصابا وعبد لانه غصب او خداع ودفتر
لان المقصود ما فيه وذلك ليس بمال الا الصغير الا اذا كان
يعبر عن نفسه لانه والكبير سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف
لا يقطع وان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم ودفتر الحساب لان ما فيه لا يقصد
بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد ولا في كلب وفهد وخيانة
وخلس ونهب ونبش خلافا لابي يوسف والشافعي في الاخير
ومغنم ومال عامة كمال بيت المال ومال له فيه شركة ومثل حقه حالا
او مؤجلا ان كان له على اخر دراهم مثلا سواء كان حالا او مؤجلا
فسرق مثلها ولو بزيد لانه بقدر حقه يصير شريكا وما قطع
فيه وهو كما له اي لا قطع بسرقة عين قطع فيها مرة ثم وصلت
الى مالكها وهي لم تتغير عن حالها والقياس ان يقطع وهو رواية
عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عادوا

فاقطعوا

فاقطعوا من غير فصل ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل
على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عاد
حقيقة العصمة يبقى شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك وقيام
الموجب وهو القطع فيه واما الجواب عن الحديث فنقول قد طعن
فيه الطحاوي والكرخي وعلى تقدير صحته محمول على السياسة بدليل
انه قال في المرة الخامسة فان عاد فاقتلوه واما الجواب
بان المعنى ان عاد الى السرقة لا الى المسروق لا يشفي لان العود
الى السرقة متحقق في محل النزاع وان تغير فسرق قطع ثانيا كغزل
قطع فيه فنسج فسرق ولا ان سرق من ذي رحم محرم منه سواء
كانت القرابة قرابة ولاد او غيرها للشبهة في الحرز وللشافعي
خلاف في الثاني بخلاف ماله اي مال ذي رحم محرم منه من بيت غيره
اي بيت الاجنبي لوجود الحرز بلا شبهة ومال مرضعة المرضع
التي من شانها ان ترضع وان لم تباشر الارضاع في حال
وضعها والمرضعة التي هي في حال الارضاع ملقمة ثديها الصبي
كذا في الكشاف ثم قال ههنا مرضعة لم يصب سواء سرق
من بيتها او من بيت غيرها خلافا لابي يوسف في رواية عنه
لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة كما في الاخت
من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها ووجه الظاهر انه لا قرابة
والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبت بالزنا والتقبيل عن

شهوة ولابن زوج وعرس ولو من حرز خاص له انما قال عندنا
تنصيصا للرد على الشافعي فان له خلافا فيه ولابن سيده
او عرسه او زوج سيدته ولابن مكاتبه ومضيفه وبيت اذن
في دخوله يدخل فيه الحمام فلا حاجة الى ذكره وعدم القطع فيه لاختلال
الحرز الا اذا سرق منه ليلا لانه بني لاحراز الاموال والاذن
يختص بالنهار واعلم ان الحرز بالحافظ لا اعتبار له عند وجود الحرز
بالمكان فاذا سرق في الحمام شيء وله حافظ فلا قطع لان الحمام حرز
غايته اختل بالاذن بالدخول فلا اعتبار بالحافظ فيه بخلاف الحفظ
في المسجد فان المسجد ليس بحرز فاعتبر الحافظ او سرق شيئا
ولم يخرجه من الدار او نقب بيتا فادخل يده فيه فاخذ شيئا وعن
ابي يوسف انه يقطع كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي
واخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال وهو في
الدخول وقد امكن الاعتبار والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق
لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول او دخل عطف على فادخل
وناول اي اخذ شيئا وناول من هو خارج وعن ابي يوسف
ان اخرج الداخل يده وناوله الخارج فالقطع على الداخل وان
ادخل الخارج يده فتناوله من يد الداخل فعليهما القطع او طر
صرة مصرورة لم يقل صرة لان الظاهر منه ان يكون هناك وعاء آخر
غير الكم وذلك غير لازم وعبارة الذخيرة وهي هذه كان في كمه

دراهم مصرورة توافق ما ذكره خارجة من كم غيره وان ادخل يده
في الكم فطر قطع وذلك ان كل حرز يمكن الدخول فيه فهتكه بدخوله
وما لا فبادخال اليد فيه والاخذ منه والكم ههنا حرز للدراهم
فمتى ادخل يده فيه واخذ منه فقد هتك الحرز فوجب القطع
والا فلا واما في حل الرباط فبالعكس لانه اذا حل الرباط من
داخل بقيت الدراهم خارجة فحصل الاخذ من غير حرز وان حل من خارج
بقيت الدراهم داخل الكم فحصل الاخذ من الحرز فيجب القطع وعن
ابي يوسف انه يقطع في الاحوال كلها لانه محرز بالكم او بصاحبه قلنا
الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده المسافة والاستراحة فاشبه
الجوالق او سرق جملا من قطار او حملا لان القائد والسائق
والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ
وقطع اي سارق الجمل او الحمل ان كان حافظا ولو نائما عليه
لم يقل ان حفظه ربه لان الشرط ان يكون هناك حافظ ولا يلزم
ان يكون ربه او شق الحمل واخذ منه شيئا لان الجوالق في مثل هذا
حرز او ادخل يده في صندوق غيره او كمه او جيبه او اخرج من
مقصورة دار فيها مقاصير لصحنها لان كل مقصورة باعتبار
ساكنها حرز على حدة او سرق رب مقصورة من اخرى منها
لما ذكر او القى شيئا من حرز في الطريق ثم اخذه وقال زفر لا قطع
فيه لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ ولهم

ان الرمي حيلة يعتاده السراق ولم يتعرض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل
فعلا واحدا واذا اخرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق وعند الشافعي
يقطع سواء اخذه او تركه في الطريق او حمله على حمار فساقه فاخرجه
لان سير الحمار يضاف اليه بسوقه ولهذا يضمن السائق ما اتلفت
الدابة ولو لم يسقه وخرج بنفسه لا يقطع وفي قوله فساقه اشارة اليه

فصل يقطع يمين السارق من زنده ويحسم ثم رجله اليسرى
ان عاد وان عاد ثالثا لا وعند الشافعي يقطع في الثالث يده
اليسرى وفي الرابع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه
وان عاد فاقطعوه وان عاد فاقطعوه وان عاد فاقطعوه
ولنا الاجماع ذكره صاحب الهداية وقد مر الجواب عن الحديث
ولو كان صحيحا غير مأول لما انعقد الاجماع على خلافه ويسجن حتى
يتوب هذا استحسان ويعزر ايضا ذكره بعض المشايخ وان
كان يده اليسرى او ابهامها او اصبعان منها سوى الابهام لانه
لو قطعت اليمنى وقوة البطش فانه في اليسرى يلزم تفويت
جنس المنفعة وهو في الحقيقة اهلاك او رجله اليمنى مقطوعة
او شلاء لانه اذا لم يكن له يد ورجل من طرف واحد فهو
لا يقدر على المشي اصلا بخلاف ما اذا كان من طرفين فانه حينئذ
يضع العصا تحت ابطه او رده الى مالكه وان لم يسرق منه
او الى المسروق منه وان لم يكن ملكه قبل الخصومة وعن ابي يوسف

انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد الخصومة وجه الظاهر ان الخصومة
شرط لظهور السرقة لان البينة انما تكون حجة ضرورة قطع
المنازعة وقد انقطعت الخصومة او ملكه انما قال ملكه ليعلم ان
المراد الهبة مع القبض بهبة او بيع او نقصت قيمته اي من
حيث السعر لا من جهة تغير العين ذكره في الذخيرة من النصاب
قبل القطع قال زفر والشافعي يقطع فيهما او سرق فادعى ملكه
فيه خلاف للشافعي او احد السارقين وان لم يبرهن او لم يحلف
من له حق الطلب لان الخصومة شرط لظهور السرقة او غاب قبل
الاستيفاء لانه من القضاء في باب الحدود وان اقر بسرقتها
فيه خلاف للشافعي فلا قطع يعني في الصور المذكورة كلها لانه كما ان
الدعوى شرطا لا بد من المطالبة وان سرقا وغاب احدهما
فشهدا على سرقتهما قطع الاخر بخصومة ذي يد حافظة كمودع
وغاصب صاحب ربوا اي باع دينارا بدينارين وقبضهما
فسرقا من يده وقال زفر والشافعي لا يقطع الا بخصومة المالك
ومستعير ومستاجر ومضارب ومستبضع وقابض على سوم
الشراء ومرتهن ووصي وولي ومتولي الوقف وبخصومة المالك
من سرق منهم اعلم ان الدعوى شرط لظهور السرقة وللقطع وان
كان من حقوق الله تعالى لانه لا شك ان المسروق منه
اعرف بحقيقة الحال من الشاهد وكذا من السارق المعترف لمكن

ان يكون ملكا للسارق بطريق الارث او ملكا للذي رحم محرم وهو
غير عالم به ففي ترك المسروق منه الدعوى وكذا في غيبته مظنة عدم
وجوب القطع قيل اما غيبة المزنية وان كان فيها توهم انها لو كانت
حاضرة ادعت امرا يسقط الحد فلا اعتبار به لانها راضية بالزنا
فتكون متهمة في دعوى ما يسقط الحد ويرد عليه انه يشكل بسقوط
الحد عند دعواها النكاح لقيام التهمة حينئذ ايضا ثم ان قوله لانها
راضية محل نظر لان سرق عطف على الضمير المستكن في قوله وقطع
من سارق قطع لسقوط عصمته وقطع عبد اقر بسرقة ورد اي
المسروق ان كان قائما اي لكن هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو
اما ان يكون العبد ماذونا او محجورا والمال قائم في يده او هالك
والمولى مصدق او مكذب فان كان ماذونا يصح اقراره في حق
القطع والمال فيقطع يده ويرد المال على المسروق منه ان كان قائما
وان كان هالكا لا ضمان عليه صدقه مولاه او كذبه وان كان
محجورا والمال هالك يقطع ولم يضمن كذبه مولاه او صدقه وان
كان قائما وصدقه مولاه يقطع عندهم ويرد المال على المسروق منه
وان كذبه وقال المال مالي قال ابو حنيفة يقطع يده والمال
للمسروق منه وقال ابو يوسف وان قطع يقطع يده والمال للمولى
وقال محمد لا يقطع والمال للمولى ويضمن العبد بعد العتق وقال
زفر لا يصح اقراره بالمال ايضا وما قطع به ان تعين رد والا لا يضمن

وان اتلف هذا رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وفي
رواية الحسن عنه انه يجب الضمان في الاستهلاك وقال الشافعي
يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع
حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه
اخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم ولنا قوله عليه السلام
لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي
القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه
ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي واما
ما قيل ان في حالة السرقة صار المال معصوما حقا للشرع فلم يبق معصوما
لحق العبد فلا يجب الضمان فمشكل بوجوب الضمان في استهلاك
صيد مملوك في الحرم ولا يضمن شيئا من سرق مرات فقطع بكلها او بعضها
هذا عنده وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها والخلاف فيما اذا حضر احدهم
وادعى السرقة واما اذا حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم
يضمن في العمد وقال زفر يضمن فيهما وهو القياس وقطع من
شق ما سرق في الدار ثم اخرجه وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان
فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة كلها
فيملك المضمون ولهما ان الاخذ وقع سببا للضمان لا للملك
وانما الملك ثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك
واحد ومثله لا يورث الشبهة لان من سرق شاة فذبحها فاخرجه

لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن جعل السرق درهم
اودنانير قطع ان ساوى النصاب وقت الاخذ واما لم يذكر هذا
القيد لانه مفروغ عنه وردت هذا عنده وقالا لا يجب ردها
لان صنعة متقومة عنده مما خلا فاله وان حمر فقطع فلا رد
لان الصبغ قائم صورة ومعنى وحق المالك في الثوب قائم صورة
لا معنى ولا ضمان لانه لا يجامع القطع وقال محمد يوخذ منه ويعطى
ما زاد الصبغ فيه وان سود رد هذا عند ابي حنيفة لان السواد
نقصان عنده وكذا عند محمد كما في الحمرة فان الصبغ لا يقطع حق
المالك عنده واما عند ابي يوسف فلا يرد لان السواد زيادة كالحمرة
عنده **باب قطع الطريق** من قصد معصوما على معصوم اي حال
كون القاصد والمقصود عليه مسلما او ذميا فاخذ قبل اخذ شئ
وقتل حبس حتى يتوب ويظهر فيه سيماء الصالحين فان قلت
لا يحبس بقصد قطع الطريق ما لم يخف المارة قلت نعم وقد ضمن
الاشارة اليه بقوله على معصوم وان اخذ مالا ونصيب كل منهم
نصاب قطع يده ورجله من خلاف وان قتل بلا اخذ قتل حدا
اي هذا القتل حدا لا قصاصا فلا يعفوه ولي تفريع على كون القتل حدا
وان قتل واخذ قطع ثم قتل او صلب او قتل او صلب حيا قوله
او قتل عطف على قطع اي ان شاء الامام قطع ثم قتل او صلب
وان شاء قتل او صلب حيا من غير قطع ويبعج برمح حتى يموت البعج

شق البطن ويترك ثلثة ايام واما اخذ فتلف لا يضمن اي اذا قتل
القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى
ويقتل احدهم حدوا اي باشر القتل احدهم يجب الحد على الجميع
وبحجر وعصا لهم كسيف وان جرح واخذ قطع وهدر جرحه وان
جرح فقط او قتل عمدا فتاب اي قبل ان يوخذ او كان منهم
غير مكلف وعن ابي يوسف انه لو باشر المكلفون يحد الباقون
او ذو رحم محرم المارة او قطع بعض المارة على البعض او قطع
الطريق ليلا او نهارا في مصر وفيه خلاف الشافعي وعن ابي لو
انهم ان قصدوا في المصر بالسلاح يجري عليه احكام قطاع
الطريق وان قصدوا بالحجر او الخشب فان كانوا خارج المصر
فكذلك الحكم وان كانوا بقرب منه او في المصر فان كان بالليل
فكذلك ايضا وان كان بالنهار لا يجري عليهم حكم قطاع الطريق
واستحسن المشايخ هذه الرواية وبه يفتى كذا في التبيين او بين
مصرين اذا كانا قريبين بحيث يلحق الغوث غالبا كالكوفة
والحيرة ففيه خلاف الشافعي فلا حد وللولي قوده او ارشه او عفوه
اي لا يجب الحد في الصورة المذكورة بل ان كان القتل عمدا
فللولي القود والعفو اي مخير بينهما وان كان غير عمد فله الدية
والعفو وفي الخنق دية الخنق من قبيل القتل بالمثقل وفيه القصاص
عند غير ابي حنيفة ومن فعله غير مرة قتل به يعني سياسة ومن سياسة

ما حكي عن الفقيه ابي بكر الاعمش ان المدعى عليه السرقة اذا انكر
فللامام ان يعمل فيه باكبر رائه فان غلب على ظنه انه سارق
وان المال المسروق عنده عاقبه كذا في التبيين

كتاب الجهاد

هو في الشرع بذل الوسع في القتال في سبيل الله مباشرة او معاونة
بالمال او بالراي او بتكثير السواد او غير ذلك هو فرض كفاية بدءا
اي يفرض علينا ان نبدأهم بالقتال وان لم يقاتلونا وبين معنى
كونه على الكفاية بقوله ان قام به بعض عن الباقين يعني انه يفرض
على جميع من هو اهل الجهاد لكن اذا قام به البعض بان يحصل الكفاية
يسقط عن الباقين فما لم يحصل الكفاية لا يسقط ذكره في البدائع
فاياك ان تتوهم ان فرض الجهاد يسقط عن المسلمين في ديارنا
باقامته في ديار الهند والترك اذ لا يحصل الكفاية بذلك وهو
شرط السقوط من الباقين وان ترك اثموا اي المكلفون به
واثمهم على تقدير تركه مطلقا لا تركهم خاصة حتى لو قام به
غيرهم من العبيد والنسوان سقط الاثم عنهم ولذلك قال ان
ترك اثموا ولم يقل ان تركوا اثموا لا على صبي وعبد وامرأة واعمى
ومقعد واقطع وفرض عين ان هجموا اي الى بلد من بلاد الاسلام
او ناحية من نواحيه قال في المغرب الهجوم الاتيان بغتة والدخول
من غير استئذان فتخرج المرأة والعبد بلا اذن لان المقصود
لا يحصل الا باقامة الكل فيفرض على الكل وحق الزوج والمولى

لا يظهر في حق فروض الاعيان قال في الذخيرة اذا جاء النفير عاما
يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على
الجهاد فاما من وراءهم يبعد من العدو فان كان الذين هم
يقرب العدو عاجزين عن مقاومة العدو او قادرين الا انهم
لا يجاهدون لكسل بهم او تهاون افترض على من يليهم فرض
عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا التدريج على المسلمين
كلهم شرقا وغربا وعلى هذا التفصيل صلوة الجنازة والتجهيز
وكره الجعل مع فيء وبدونه لا الجعل ما يجعل للعامل على عمله والمراد
ان يضرب الامام الجعل على الناس للذين يخرجون الى الجهاد
وانما كره لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال
معد لنوائب المسلمين وهذا من جملتها وان حوصروا اي الكفار
دعوا الى الاسلام فان ابوا فالى الجزية هذا في حق من يقبل منه
الجزية وسيأتي بيان انه من هم فان قبلوا فلهم ما لنا
من الانصاف وعليهم ما علينا من الانتصاف وكون عقد كتاب
السير لبيان هذا النوع من الاحكام كفى قرينة له ولا نقاتل من
لم يبلغه الدعوة وندبت اي الدعوة الجديدة لمن بلغته
فان ابوا اي عما دعوا اليه حوربوا بالمنجنيق وتحريق وتغريق
ورمي ولو تترسوا بمسلم بنيتهم لا بنيته وقطع شجر وافساد
زرع بلا عذر ولا مثلة الغدر الخيانة ونقض العهد مطلقا

بل اذا لم يكن بطريق النذر لان نقضه بذلك الطريق مشروع مسنون
والخدعة التي اشير الى جوازها في قوله عليه السلام الحرب خدعة
ما لم تتضمن النقض فلا اختصاص لجوازها بزمان قيام الحرب والمثلة
اسم من مثل به اي نكل به معناه جعله نكالا وعبرة لغيره مثل قطع
الاعضاء وتسويد الوجه ومثلة العرنيين نسخت بقوله عليه السلام
لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا كذا في الاختيار والمثلة المنهية
بعد الظفر بهم ولا بأس بها قبله لانه ابلغ في كبتهم واضر بهم
وقتل غير مكلف وشيخ فان قال في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير
الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الاحبال ولا يكون
من اهل الرأي والتدبير اما اذا كان يقدر على ذلك يقتل لانه
بقتاله محارب وبحياته محرض على القتال وبالاحبال يكثر المحارب
واعمى ومقعد فلا فالشافعي في الاعمى والمقعد وامرأة الا ملكة
ذكر في الكافي ان الصبي يقتل اذا كان ملكا او مقاتلا منهم
او معينا بالمال او الرأي او الاحبال واب كافر بداء اي لا يقتل
الابن اباه الكافر ابتداء وانما قال ابتداء لانه اذا قصد الاب
قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله يجوز له قتله فيقتله بالنصب اي
لان يقتله غير ابنه فالفعل المضارع ينتصب بان مقدرة
بعد الفاء اذا كان ما قبلها سببا لما بعدها بعد عدة اشياء منها النفي
فينبغي ان يصير اباء الابن عن قتل ابيه على وجه يتضمن السببية

ليقتل غيره اباه بان يشغله ويلبثه الى ان يجيء آخر فيقتله اشير الى هذا
في عبارة الهداية القائلة فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره حيث
قال عليه دون عنه واخراج مصحف وامرأة الا في جيش يؤمن
عليه وصولحوا ان خيرا ولو منهم بمال ان لنا به حاجة ونبذ ان
هو انفع فقوله لو الفظ كان مضمر في المواضع الثلثة والنبذ القاء
الخبر اليهم بنقض العهد وقتل نبذ اي وقتلوا قبل نبذ لو خانوا
لم ينقل بداء لعدم الحاجة اليه فان خيانتهم لا تتحقق بدونه وصولح
المرتد يعني القادر على المحاربة الممتنع عن الاخذ على ما دل عليه عبارة
المصالحة بلا مال لا لانه يكون جزية لانه بعد النزول بساحتهم
غنيمة بل لان في اخذ المال منهم نوع تقرير لهم على الارتداد
وذلك لا يجوز ولا رد ان اخذ لانه مال غير معصوم ولا يباع
سلاح وخيل وحديد منهم ولو بعد صلح اي لا نفعل ذلك لانه مكروه
لانه لا ينبغي ان يفعل ذلك لانه غير مستحب كما يفهم من الهداية
وصح امان حر وحرة فان كان شرا نبذ وادب اي المباشر
لذلك الصلح ولغا امان الذمي ومسلم في دارهم اسير كان او تاجرا
او من اسلم ثمه ولم يهاجر ومجنون وصبي وعبد لا ماذونين
قال في الاختيار وعامة المشايخ على انه لا يصح صلح صبي ماذون
لان المصلحة والخيرية حقيقة لا يهتدي اليها الا من له كثرة تجربة
وممارسة وذلك بعد البلوغ **باب المغنم وقسمته** قسم الامام



بين الجيش ما فتح عنوة او اقر اهله عليه بجزية وخراج عطف على قوله يقسم
الامام ثم عطف على احدهما قوله وقتل الاسارى ان لم يسلموا او استرقهم
او تركهم احرارا ذمة لنا اي ليكونوا اهل ذمة لنا هذا
اذا لم يكونوا من مشركي العرب والمرتدين واما لم يتعرض لهذا البيان
ههنا اعتمادا على ما ياتي في موضعه ونفى منهم وفداءهم المن ان
يطلقهم مجانا سواء كان الاطلاق بعد اسلامهم او قبله اشير الى
ذلك في التعليل الذي ذكر في الهداية وقال الشافعي يجوز المن
والفداء ان يطلقهم باخذ مال او اسير مقابلتهم قال في الهداية
ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة وقالا يفادى بهم اسارى
المسلمين وهو قول الشافعي واما المفاداة بمال ياخذه منهم
لا يجوز في المشهور من المذهب وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان
بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر وهذا البيان منه
ظاهر في عدم الفرق بين ان يكون ذلك قبل وضع الحرب اوزارها
او بعده ثم انه علم من نفي المن والفداء نفي ردهم الى دارهم بطريق
الدلالة فلا حاجة الى ذكره ولذلك تركه وعقر دابة شق
نقلها وذبحت وحرقت وقال الشافعي تترك وقسمه مغنم ثمه
خلافا للشافعي الا ايداعا ان لم يكن للامام حمولة تحمل عليها
الغنائم فيردها هنا ويقسم والرد ومدد لحقهم كمقاتل فيه
اي في المغنم خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال لا سوقي ثم قال

ولا لمن مات ثمه لانه بالاحراز يصير ملكا لنا وعند الشافعي
باستقرار هزيمة الكفار يصير ملكا لنا فمن مات بعد ذلك يورث
نصيبه عنده ويورث قسط من مات هنا وحل للغانمين ثمه طعام
وعلف وحطب ودهن شرط الحاجة في السير الصغير حتى لو كان
بلا حاجة يكره ولم يشترطها في السير الكبير وبه اخذ المصنف واما السلاح
والدواب فالحاجة شرط فيهما بلا خلاف ولذلك قال وسلاح به حاجة
بلا قسمة لا بعد الخروج منها ولا بيعها اي لا يجوز للغانمين
بيعها ذكر في المبسوط وتمولها ورد الفضل الى المغنم ومن اسلم ثمه
احرز نفسه انما قال احرز ولم يقل عصم لان من اسلم في دار الحرب
ولم يخرج الى دار الاسلام لا يكون معصوما عند ابي حنيفة ويكون
محرزا صرح بذلك في الهداية وطفله لانه صار مسلما تبعا وما لا معه
او اودعه محرزا مسلما كان او ذميا انما قال محرزا دون
معصوما ليتناول المسلم ثمه لا ولده كبيرا وعرسه وحملها
خلافا للشافعي في الاخير وعقاره وقال الشافعي هو له لانه
في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها
اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وعبده مقاتلا
وماله مع حربي بغصب وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو
فيء عنده خلافا لهما او لمحمد على اختلاف الروايتين او وديعة
ويعتبر وقت المجاوزة اي العبرة في استحقاق سهم الفارس



للفرس وقت الانفصال من دار الاسلام الى دار الحرب وموضعه
من المجاوزة اى مجاوزة الدرب وهو الباب الواسع لغة وبالفارسية
دروازه واريد به مدخل دار الحرب وعند الشافعي وقت القتال
فمن دخل دارهم فارسا فنفق فرسه اى مات فشهد الوقعة راجلا
فله سهمان سهم فارس هذا عنده وعندهما للفارس ثلثة اسهم وهو
قول الشافعي ومن دخل راجلا فملك فرسا فله سهم راجل وجواب
الشافعي على العكس ولا يسهم الا لفرس اى واحد فلا يسهم للبغل
والابل وعند ابى يوسف يسهم لفرسين ولا لمملوك لم يقل لعبد
لعدم شموله المكاتب على الاصح عنه صاحب الهداية والمكاتب
بمنزلة العبد وصبي وامرأة وذمي ورضخ لهم الرضخ اعطاء القليل
المراد ههنا القليل من سهم الغنيمة ثم المملوك انما يرضخ له اذا قاتل
والمرأة انما يرضخ لها اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى
والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق والخمس للمسكين
واليتيم وابن السبيل وقدم فقراء ذوى القربى عليهم ولا
لغنيهم وذكره تعالى يعني في الخمس للتبرك وسهم النبي عليه السلام سقط
بموته كالصفي وعند الشافعي يقسم على خمسة اوجه سهم الرسول
عليه السلام وهو للخليفة وعندنا سقط هذا بموته عليه السلام
كما سقط الصفي فانه كان للنبي عليه السلام ان يصطفي لنفسه شيئا من الغنيمة
وسهم ذوي القربى لنبيهم اى لبنى هاشم وبني المطلب فيستوى فيه

فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه قوله تعالى ولذي
القربى من غير فصل بين الفقير والغني ولنا ان الخلفاء الاربعة
الراشدين قسموه على ثلثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة وقال
عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله كره لكم غسالة الناس واوساخهم
وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة والعوض انما يثبت في حق من
يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة
الا يرى انه عليه السلام علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية
والاسلام وشبك بين اصابعه وبهذا تبين ان المراد بالنص
قرب النصرة لا قرب القرابة فلم يبق بعد موته عليه السلام فلا يستحقون
بعد الا بالفقر هذا قول الكرخي وقال الطحاوي فقيرهم ايضا
محروم وجه الاول وقيل هو الاصح ما روى ان عمر رضه اعطى الفقراء
منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم
يدخلون في الاصناف الثلثة ومن دخل دارهم واغار خمس
الا من لا منعة له ولا اذن لان الخمس انما يؤخذ من الغنيمة
وهي ما يؤخذ من الكفار قهرا وهذا بالمنعة فان لم يكن منعة لكن
اذا وجد اذن الامام فهو في حكم المنعة لانه بالاذن التزم نصرته
بالامداد فصار كالمنعة وللامام ان ينفل وقت القتال كما
فيقول من قتل قتيلا سماه قتيلا لقربه من القتل فله سلبه التنفيل
اعطاء شيء زائد على سهم الغنيمة والتركيب يدل على الزيادة

او لسرية هي قطعة من الجيش جعلت لكم الربع مثلاً بعد الخمس اي بعد
ما رفع الخمس جعلت لكم ربع الباقي او ثلثه او نحو ذلك لا بعد الاحراز
هنا اي بدار الاسلام اذ حينئذ يصير ملكاً للغانمين الا من الخمس
وسلبه ما معه حتى مركبه وما عليه السلب كل ما يثبت يد القاتل عليه
مما هو عدة للمقاتل او زينة للمقاتل كثيابه وسلاحه وفرسه وكذا
خاتمه وسواره ومنطقته في الصحيح كذا في الحقائق وهو للكل ان
لم ينفل خلافاً للشافعي فان السلب عنده اذا كان من اهل ان
يسهم له الغنيمة وقد قتله مقبلاً بين الصفين على وجه المبارزة
له قوله عليه السلام من قتل قتيلاً فله سلبه ونحن نحمل هذا على
التنفيل لا على وضع الشرع لما قال عليه السلام لحبيب بن سلمة رضي الله عنه
ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك **باب استيلاء**
الكفار اذا غلبوا على اموالنا واحرزوه بدارهم او سبى بعضهم بعضاً
واخذوا اموالهم ملكوه شرط الاحراز بالدار مخصوص بالمسئلة الاولى
على ما افصح عنه صاحب الهداية ولذلك قدمها وقال الشافعي
لا يملك الكفار ذلك بالاستيلاء والاحراز لان النهي عن الافعال
الحسية يوجب القبح لعينه والقبح لعينه لا يفيد حكماً شرعياً وهو الملك
قلنا ان الاستيلاء على الاموال ليس منهياً لذاته بل بواسطة
العصمة في المحل والعصمة انما تثبت في حقنا لا في حق اهل الحرب لانها
بالخطاب وثبوته في حقهم لانقطاع ولاية التبليغ والالزام فكان

استيلاؤهم

استيلاؤهم على هذا المال واستيلاؤهم على الصيد سواء ولو سلم
ان العصمة ثابتة في الجميع الا انها انتهت بانتهاء سببها وهو
الاحراز فانه باليد وبالدار وقد انتهى كلاهما باحرازهم بدار الحرب
واذا انتهت العصمة سقط النهي فلم يبق الاستيلاء محظوراً فصلح
ان يكون سبباً للملك بخلاف احرازنا لا العصمة عن الاسترقاق
بالحرية المتأكدة بالاسلام ولم تنته بالاحراز الموجود منهم
وبغير نابذ اليهم فاخذه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء
لا حرنا ومدبرنا وام ولدنا ومكاتبنا وعبدنا فيهما اي في
دار الحرب ثم قال هذا لانهم اخذوه في دار الاسلام واحرزوه
بدار الحرب يملكونه اجماعاً ابقاً وان اخذوه خلافاً لهما فيما
اخذوه ولهما ان عصمته كانت لحق المولى وقد زالت فصار
مباحاً وقع في ايديهم وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا
لان سقوط اعتبار ه لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع
وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوماً بنفسه
فلم يبق محلاً للملك فلو ابق بمتاع فاخذهما الكفار فشراهما منهم
رجل اخذ العبد مجاناً وغيره بالثمن لما مر انهم لا يملكون العبد الابق
ويملكون متاعنا وقالا ياخذ العبد ايضاً بالثمن وتملك بالغلبة
حربهم وما هو ملكهم ومن وجد منا ماله في يد الغانمين او في يد غيرهم
من مصارف الخمس او في يدنا جرى منهم ولا حاجة الى ان

بعد ما غلبنا عليهم لان الوجدان في يد المذكورين لا يكون الا بعد ذلك
وانما ترك قيد الوجدان بما ذكرا اعتمادا على انفهامه من قوله اخذه
بلا شيء ان لم يقسم اي بين ارباب الحقوق وبالقيمة ان قسم وبالثمن ان
شراه منهم تاجر وبقيمة العرض ان اشتراه به وبقيمته ان وهبت
وان اسر عبد فبيع ثم كذا اي اسر منه ايضا فبيع مرة اخرى فللمشتري
الاول اخذه من الثاني بثمنه ثم لسيده اخذه منه بالثمنين وقبل
اخذ الاول لا كيلا يضيع الثمن الذي اعطاه ولا يحط بارش عينه
اي عين العبد الماسور شيئا ان فقئت عينه في يد التاجر فاخذ
ارشه فالمالك القديم ياخذ بكل الثمن ان شاء ولا يحط من الثمن
شيئا بازاء ما اخذ من الارش وعتق عبد مسلم شراه مستامن هنا
واذخله دارهم هذا عنده وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة
بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فيبقى في يده
عبدا وله ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو
تباين الدار مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث
حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب
كعبيد لهم اسلم ثمة فجاؤنا او ظهرنا عليهم انما قال فجاؤنا دون
فخرج الينا ليعم ما اذا جاء عسكر المسلمين وهم في دار الحرب

باب المستامن

وهو يشمل مسلما دخل دار الحرب بامان وكافرا
دخل دار الاسلام بامان لا يتعرض تاجرنا ثمة لدمهم ومالهم الا اذا

ملكهم ماله او حبسه وغيره بعلمه ولم ينهه عنه وما اخرجه اي بطريق
التعرض ملكه ملكا حراما لانه ظفر بمال مباح وانما كان حراما للغدر
فيتصدق به وان ادانه حربي دينه اذانه ودينه اقرضه
كذا في المغرب او وادان حربيا او غصب احدهما من الاخر وجاءا
هنا لم يقض لاحد بشيء لا لانه لا ولاية لنا على المستامن
اذ لا وجه له على الاطلاق بل لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من
افعاله وانما التزمه فيما يستقبل في حق حكم يباشره في دارنا
وقال ابو يوسف يقضى بالدين على المسلم دون الغصب لانه
التزم احكام الاسلام حيث كان واجيب عنه بانه لما امتنع في
حق المستامن امتنع في حق المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما
وكذا لو فعل حربيان او جاءا مستامنين لما ذكرنا وان جاءا
مسلمين قضي بينهما بالدين لوقوع المداينة بتراضيهما والتزاما
الاحكام بالاسلام لا الغصب لان الغاصب ملكه وان قتل مسلم مستامن
مثله ثمة عمدا او خطاء ودى من ماله وكفر للخطاء دون العمد
لانها لا تجب للعمد عندنا اما الكفارة والدية في الخطاء فلقوله
تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله وانما يجب في ماله لان العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة
مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وانما يجب في
العمد في ماله لان العواقل لا تعقل العمد والقصاص قد سقط

للشبهة فلا بد من الدية صيانة للدم المعصوم فتعين ان يكون
ذلك من ماله وفي الاسيرين كفر فقط في الخطاء اي لا تجب عليهم سوى
الكفارة في الخطاء وهذا عنده وقالا لا تجب عليه الدية في العمد
والخطاء من ماله لان العصمة لا تبطل بالاسر كما لا تبطل بالدخول
دارهم بالامان وله ان الاسير صار تبعا لهم بالقهر فلا تجب بقتله دية
كاملة وهو الحربي بخلاف المستامن فانه ليس بمقهور ودليل وجوب
الكفارة ما مر من نص الكتاب ولا يمكن حربي هنا سنة ويقال له
ان اقمت هنا سنة او شهرا يعني للامام ان يوقت في ذلك
ما دون السنة كالشهر والشهرين نضع عليك الجزية فان رجع
قبل ذلك جزاء الشرط محذوف اي فيها او نحوه والا اي وان
لم يرجع قبل المدة المضروبة فهو ذمي لا يترك ان يرجع كما لو اشترى
ارضا اي ارض خراج ووضع عليه خراجها لانه لما التزم المقام
في دارنا وانما قال ووضع عليه خراجه لانه بمجرد الشراء لا يصير ذميا
لانه ربما يشتريها للتجارة وعليه جزية سنة مستقبلة من وقت
وضع الخراج او نكحت حربية ذميا هنا لانها التزمت المقام
تبعا للزوج وفي عكسه لا اذ يمكن ان يطلق فيرجع بخلاف الاولى
وان رجع المستامن الى داره حل دمه فان اسر او ظهر عليهم
فقتل سقط دين كان له على معصوم اي مسلم او ذمي واي اي وصار
فيا وديعة له عنده اي عند معصوم في دارنا وان مات او قتل

بلا غلبة عليهم فهما اي الدين والوديعة لورثته لان الا
باق في حق ماله ما لم يقتل بغلبة اما اذا قتل بها يصير ماله غنيمة
وحربي هنا له ثمة عرس واولاد ووديعة مع معصوم وغيره
فاسلم ثم ظهر عليهم فكله فيء اما العرس والاولاد الكبار فلعدم
التبعية واما غير ذلك فلانه لم يحرزه فاسلامه لا يوجب عصمته وفي
اسلم للمال المصاب من الكفار بغير قتال وان اسلم ثمة فجاء وظهر
اي على الدار فطفله حر مسلم ووديعته مع معصوم له اي للحربي
الذي اسلم وغيره فيء ومن اسلم ثمة وله ورثة اي ورثة مسلمون
هنالك فقتله مسلم فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطاء اي ان كان القتل
عمدا فلا يجب شيء وان كان خطاء لا يجب الا الكفارة وعند الشافعي
يجب القصاص في العمد والدية في الخطاء واخذ الامام دية مسلم
لا ولي له ومستامن اسلم هنا من عاقلة قاتله خطاء يتعلق
بالصورتين لا بالثانية فقط وقتل واخذ الدية يعني بطريق
الصلح في عمد ولا يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس
من النظر اسقاط حقهم بغير عوض

باب الوظائف

ارض العرب هو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن ومهرة
الى حد الشام وما اسلم اهله او فتح عنوة وقسم بين جيشنا و
عشرية والسواد هو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية
ويقال من العلث الى عبادان وما فتح عنوة انما لم يذكر تقريره

اسلم عليه لانه ليس بشرط في كونها خراجية وانما الشرط عدم
قسمتها بين الغانمين صرح بذلك في شرح الطحاوي ومخصوصة
من الحكم المذكور او صالحهم خراجية بالاجماع وموات
احيي يعتبر بقربه هذا عند ابي يوسف وعند محمد يعتبر بما
احيي به وخراج وضعه عمر رضه على السواد لكل جريب يبلغه الماء
صاع من بر او شعير ودرهم ولجريب الرطبة خمسة دراهم ولجريب
الكرم او النخل متصلة ضعفها ولا سواه كزعفران وبستان
هو كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار ما نطيق
الجريب ستون ذراعا في ستين ذراعا وفي كتب الفقه ذراع الكرباس
سبع قبضات وذراع المساحة سبع قبضات واصبع قائم وعند
الحساب الذراع اربع وعشرون اصبعا والاصبع ست شعيرات
مضمومة بطون بعضها الى بعض ونصف الخارج غاية الطاقة
وتنقص ان لم تطق وظيفتها ولا يزاد عليه ان اطاقت
عند ابي يوسف وجاز عند محمد هذا في خراج الاصل وهو الموظف
يعني ما وضعه عمر رضه واما خراج المقاسمة وهو ان يقسم الامام
الخارج بالنصف او بالثلث ونحوهما فلا يجوز الزيادة على النصف
بكل حال ذكره العتابي في زكوة فتاواه ولا خراج لو انقطع
الماء عن ارضه او غلب عليها او اصاب الزرع آفة ويجب ان عطلها
مالكها ويبقى ان اسلم المالك او اشترا مسلم ولا عشر في خارج ارضه

اي ارض الخراج هذا عندنا وعند الشافعي يجب ويتكرر العشر بتكرر
الخارج وكذا خراج المقاسمة واما الخراج الموظف فلا يتكرر **فصل**
الجزية هي نوعان جزية وضعت بالتراضي فيتقدر بحسب ما يقع عليه
الاتفاق وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب عليهم واقرهم
على املاكهم ما وضعت بصلح لا يتغير وبين غلبوا واقروا على
املاكهم توضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي فيه خلاف الشافعي
ظاهر غناه صفة لكل واحد من الثلثة لكل سنة ثمانية واربعون
درهما يؤخذ في كل شهر اربعة دراهم وعلى المتوسط نصفها
وعلى فقير يكتسب ربعها وعند الشافعي يوضع على كل حالم دينار الفقير
والغني سواء لا على وثني عربي فان ظهر عليه فعرسه وطفله فيء
ولا مرتد فان ظهر على اهل باحية ارتدوا فنساؤهم وصبيانهم فيء
ولا يقبل منهما اي من الوثني والمرتد الا الاسلام والسيف وعند
الشافعي يسترق مشركو العرب ولا على راهب لا يخالط فاما الرهبان
واصحاب الصوامع الذين يخالطون الناس فقال محمد كان ابو حنيفة
يقول يوضع عليهم الجزية اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول
ابي يوسف قال عمرو بن ابي عمر قلت لمحمد فما قولك قال القياس
ما قال ابو حنيفة كذا في شرح القدوري لا اقطع وصبي وامرأة ومملوك
واعمى وزمن وكذا المفلوج والشيخ الكبير وعن ابي يوسف انه يجب
اذا كان ذا مال وفقير لا يكتسب وقدم خلاف الشافعي فيه وتسقط بالموت

والاسلام خلافا للشافعي فيهما وتنتقض بالتكرر خلافا لهما وللشافعي
ولا يحدث بيعة هي للنصارى وكنيسة هي لليهود فضا ولهم
اعادة المنهدمة ويميز الذمي في زيه ومركبه وسرجه وسلاحه
ولا يركب خيلا ولا يعمل بسلاح ويظهر الكستيج هو خيط غليظ بقدر
الاصبع من الصوف يشده الذمي على وسطه وهو غير الزنار من
الابريسم ويركب على سرج كالاكاف ويميز نساؤهم في الطريق
والحمام ويعلم على دورهم كيلا يستغفر لهم وينقض عهده ان غلب على
موضع لحربنا او لحق بدارهم وصار كمرتد في الحكم بموته ولحاقه
لكن لو اسر يسترق والمرتد يقتل لا ان امتنع عن الجزية او زنى
بمسلمة او قتلها او سب النبي عليه السلام سب النبي عليه السلام
لو كان من مسلم حل دمه ذكره الاقطع في شرح القدوري وعند الشافعي
هو نقض العهد ويؤخذ من مال بالغ تغلبي لم يقل وتغلبية لانه
اراد بالتغلبي ذلك الجيل ذكرا كان او انثى ضعف زكوتنا
ومن مولاه الجزية والخراج خلافا لزفر فانه يقول يؤخذ منه ضعف
زكوتنا وهو الخمس في الاراضي ونصف العشر في غيرها مما يجب فيه
الزكوة كمولى القرشي فانه يؤخذ منه الجزية والخراج فقوله
عليه السلام مولى القوم منهم انما يعمل به في حرمة الصدقة فيجعل موالي
الهاشمي كالهاشمي في هذا الحكم لان الحرمات تثبت بالشبهات ومصرف
الجزية والخراج ومال التغلبي وهديتهم للامام وما اخذ منهم بلا حرب

مصالحنا

مصالحنا كسد ثغر وبناء قنطرة وجسر القنطرة ما يكون مركبا
والجسر خلافه مثل ما يشد على السفن وكفاية العلماء والقضاة
والعمال ورزق المقاتلة وذراريهم ومن مات في نصف
السنة حرم عليه من العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض و
يسقط بالموت واهل العطاء في زماننا القاضي والمفتي والمدرس

باب المرتد

من ارتد العياذ بالله عرض عليه الاسلام
وكشف شبهته وان استمهل حبس ثلثة ايام فان تاب جزاء
الشرط محذوف وهو فيها اي فبالخصلة الحسنة اخذ والا قتل
وهي اي التوبة بالتبري عن كل دين سوى الاسلام او عما انتقل
اليه وقتله قبل العرض ترك ندب بلا ضمان لان الكفر مبيح والعرض
بعد بلوغ الدعوة غير واجب وعن الشافعي انه يجب ان يمهله الامام
ثلثة ايام ولا يحل قتله قبل ذلك ويزول ملكه عن ماله موقوفا
يعني زوالا مراعى وقالا لا يزول ملكه فان اسلم عاد وان مات
او قتل او لحق بدارهم وحكم به عتق مدبره وام ولده وحل دين عليه
لانه في حكم الميت والدين المؤجل يصير حالا بموت المديون وعند
الشافعي يبقى موقوفا كما كان وكسب اسلامه لوارثه المسلم ان
لم يستصحبه عند لحوقه بدار الحرب وكسب ردته فيء هذا عنده
وقالا فيما اذا قتل ومات كلاهما لوارثه المسلم وقال الشافعي كلاهما
فيء وقضى دين كل حال من كسب تلك الحال وقالا تقضى ديونه من الكسبين

وبطل نكاحه وذبحه وصح طلاقه واستيلاده وتوقف مفاوضته
وبيعه وشراؤه وهبته واجارته وتدبيره وكتابته ووصيته
ان اسلم نفذ وان مات او قتل او لحق وحكم بلحاقه بطل اعلم ان تصرفات
المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر
الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبح
لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة
لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف
في توقفه وهو ما في ما ذكر فانه موقوف عنده ونافذ عندهما
وان جاء مسلما قبل حكمه فكانه لم يرتد وان جاء بعده وماله مع وارثه
اخذه ولا تقتل مرتدة خلافا للشافعي وتحبس حتى تسلم وصح تصرفها
وكسبها لورثتها فان ولدت امته فادعاه فهو ابنه حر وارثه
في المسئلة مطلقا اي سواء كان بين الارتداد والولادة اقل
من ستة اشهر او اكثر لان الولد يتبع المسلم من ابويه فيتبع الام فيكون
مسلما والمسلم يرث المرتد ان مات ولحق بدار الحرب وكذا في النصرانية
الا اذا جاءت لنصف حول واكثر منذ ارتد لان الولد يتبع الاب
حينئذ لان الاب لا يجبر على الاسلام فيكون اقرب الى الاسلام من الام
فصار في حكم المرتد لانه جزء المرتد وانما قال لنصف حول واكثر لانها اذا
ولدته لاقل منه يتيقنا بوجوده عند الردة فيكون مسلما تبعا لابيه بخلاف
ما اذا جاءت به لستة اشهر او اكثر ذكره في التبيين وان لحق بدار الحرب

بماله فظهر عليه فهو فيء يعني ليس لورثته عليه سبيل لان ملكهم فيه غير ثابت
حيث لحقها معه ابتداء فسقطت عصمته باللحاق وكذا عصمة ماله
لانه تبع للنفس وان رجع يعني ما لحق بها بلا مال وحكم به فلحق مرة
اخرى بماله فظهر عليه فهو لورثته قبل قسمته يعني بين الغانمين
بغير شيء وان قضى بعبده لمرتد لحق لابنه اي قضى لابنه فكاتبه
فجاء مسلما فبدلها والولاء له لان الكتابة وقعت جائزة والابن
خليفة الاب فاذا جاء الاب مسلما صار الابن كالوكيل من الاب فالبدل
له والعتق واقع عنه ومن قتله مرتد خطأ فلحق او قتل فديته في كسب
الاسلام لان الدية لا تكون على العاقلة عند عدم النصرة فتكون
في ماله فعنده تكون في كسب الاسلام لان كسب الردة فيء وعندهما
في الكسبين ومن قطع يده عمدا فارتد والعياذ بالله ومات
منه او لحق اي لحق بدار الحرب فقضي به فجاء مسلما فمات منه ضمن
القاطع نصف الدية في ماله لورثته لان القطع حل محلا معصوما
والسراية حلت محلا غير معصوم فاعتبر القطع لا السراية فيجب نصف
الدية وانما يجب في ماله لان العمد لا تحمله العاقلة وانما لا يجب القصاص
لوجود الشبهة وهو الارتداد وان اسلم هنا فمات اي من ذلك
القطع ضمن كلها لكونه معصوما وقت القطع وكذا وقت السراية
هذا عندهما وقال محمد وزفر يجب النصف هنا لان الارتداد اهدر
السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان مكاتب ارتد فلحق فاخذ

بماله فقتل فبدله لسيده وما بقي لورثته زوجان ارتدا فلحقا فولدت
بنتا ثم الولد فظهر عليهم فالولدان فيء والاول يجبر على الاسلام لا ولده
وفي رواية الحسن يجبر ولد الولد ايضا وهذا بناء على ان ولد
الولد لا يتبع الجد في الاسلام في ظاهر الرواية ويتبعه في رواية
الحسن وصح ارتداد صبي يعقل واسلامه ويجبر عليه ولا يقتل ان ابى
هذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ارتداده ليس بارتداد
واسلامه اسلام ذكره في الهداية وعند زفر وهو قول الشافعي
لا يصح ارتداده ولا اسلامه ولابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ان
عليا رضه اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك
مشهور قال سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي

باب البغاة

قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى
العود وكشف شبهتهم فان تحيزوا اي اتخذوا حيزا ومالوا
اي انحازوا ومالوا الى فئة من المسلمين ليستعينوا فليس بذلك
الا دلالة فيما ذكر عليه ولا هو شرط هنا مجتمعين حل لنا قتالهم بدأ
هكذا ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده وهو المذهب عندنا وذكر
القدوري في مختصره لا نبدأهم بقتال وهو قول الشافعي لانه
لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون ولنا ان الحكم يدار على دليله
وهو تعسكرهم واجتماعهم فان صبر الامام الى ان يبدؤا ربما لا يمكن
دفع شرهم ويجهز على جريحهم يقال اجهزت الجريح اذا اسرعت قتله وفيه

ايضا خلاف للشافعي ويتبع موليهم ان لهم فئة وفيه ايضا خلاف
الشافعي والا فلا اي ان لم يكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع
موليهم لان قتلهم كان لدفع شرهم وقد اندفع بدونه فلا يقتل
لكونه مسلما ولا يسبى ذريتهم ويحبس مالهم الى ان يتوبوا
ويستعمل سلاحهم وخيلهم عند الحاجة خلافا للشافعي ولا يجب
شيء بقتل باغ مثله ان ظهر عليهم اذ لا ولاية للامام عليهم حالة القتل
فلم يوجب ولم ينقلب موجبا بعده وان غلبوا على مصر فقتل من اهله
آخر منه عمدا فظهر عليهم قتل به هذا اذا لم يجر على اهل المصر احكامهم
بل ازعجهم الامام العدل قبل ذلك عنه لان ولاية الامام العدل
لا تنقطع قبل ان يجري احكامهم فيجب القصاص وبعد الاجراء
ينقطع فلا يجب وباغ قتل عادلا مدعيا حقيته مصرا عليه اي
قال كنت على الحق وانا الآن عليه قال في غاية البيان شرط
الارث ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت
ديانته فلا ارث يرثه كعكسه اي كما يرث العادل الباغي
فان اقر انه على باطل لا هذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يرث الباغي العادل سواء ادعى حقيته او اقر انه على الباطل
وقال الشافعي لا يرث العادل ايضا ذكره في التبيين وفي الهداية
ان قوله كقول ابي يوسف وبيع السلاح من رجل علم انه من اهل
الفتنة كره والا فلا

كتاب اللقيط

هو في الشرع اسم لحي مولود

طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الريبة مضيعه آثم
ومحرزه غانم وانما سمي لقيطا باعتبار ماله وتفاؤلا لاستصلاح حاله
كذا في المبسوط. رفعه احب وان خيف هلاكه اي غلب على ظنه ضياعه
يجب كاللقطة. هذا على وفق ما في الهداية وفي البدايع اما حالة الندب
فهي ان يخاف عليها الضيعة لو تركها واما حالة الاباحة فهي ان
لا يخاف عليها الضيعة فيأخذها لصاحبها هذا عندنا وقال الشافعي
اذا خاف عليها الضيعة يجب اخذها وان لم يخف يستحب اخذها.
وهو حر الا بحجة رقه ونفقته وجنايته في بيت المال وارثه له ولا يؤخذ
من آخذه ونسبه ممن ادعاه ولو رجلين حرين مسلمين. لا بد من
هذين الشرطين عندنا خلافا للشافعي والتفصيل يطلب من شرح الطحاوي
بلا قطع او ممن يصف منهما علامة. اي كائنة به في نفس الامر فلا حاجة
الى ذكر قيد الصدق قال في شرح الطحاوي ان ادعى رجلان
نسبه فان اقاما البينة يقضى له ولو اقاما جميعا يقضى لهما وان
لم يقيما البينة غير ان احدهما وصف علامة في جسده فاصاب والآخر لم يصف
فانه يجعل ابن الواصف ولو لم يصف واحد منهما فانه يجعل ابنهما
جميعا. او عبدا عطف على قوله ولو رجلين. وكان حرا. اي ان كان
المدعي عبدا يثبت نسبه لكن اللقيط يكون حرا لان الاصل في دار
الاسلام الحرية. او ذميا. وكان مسلما ان لم يوجد في مقرهم. اي في مقر
الذميين لم يقل ان لم يكن لان العبرة لعدم الوجدان فيه لا لعدم كونه فيه

وقت الدعوة. وذميا. اي كان ذميا. ان وجد فيه والواجد
ذمي. انما قال هذا لان العبرة هنا للواجد لا للمدعي وهذا ظاهر
من الهداية وان خفي على من قال وذميا ان وجد فيه اعلم ان المسئلة
على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد
فيكون مسلما وثانيها ان يجده كافر في مكان الكفار كالبيعة
فيكون كافرا وثالثها ان يجده مسلم في مكان الكفار ورابعها
ان يجده كافر في مكان المسلمين وفي هاتين الصورتين اختلف
الرواية ففي كتاب اللقيط من المبسوط اعتبر المكان لسبقه وفي
بعض نسخ كتاب الدعوى منه اعتبر الواجد وهي رواية ابن سماعة
عن محمد لقوة اليد وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام يعني ايهما كان
موجبا للاسلام يعتبر ذلك نظرا للصغير. وما شد عليه صرف اليه
بامر قاض وقيل بدونه وللملتقط قبض هبته وتسليمه في حرفة
لا انكاحه وتصرف ماله ولا اجارته في الاصح. احترز به عن رواية
القدوري في مختصره

كتاب اللقطة

بضم اللام وفتح
القاف. ما يوجد ضايعا فيلتقط. من اللقط وهو اخذ
الشيء من الارض. وهي امانة ان اشهد على اخذه ليرده على ربها
والاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي. والا
اي ان لم يشهد انه اخذ للرد. ضمن ان جحد انما اخذه للرد
هذا عندهما وعند ابي يوسف لا يضمن بل القول قوله في انه اخذه

للرد وقيل الخلاف فيما اذا ترك الاشهاد مع التمكن منه اما عند عدمه
بان لم يجد من يشهد او خاف ان ياخذه منه ظالم لا يكون
ضامنا ذكره في المبسوط. ويعرفها في مكان وجدها. اي ينبغي
ان يعرفها في الموضع الذي لقطها فيه. وفي المجامع فان ذلك
اقرب الى الوصول الى صاحبها وعن الحلواني انه يكفيه الاشهاد انه
ياخذها ليردها على صاحبها ويكون ذلك تعريفا وهو المذكور في السير
مدة لا تطلب بعدها في الصحيح. اختلفوا في مدة التعريف والصحيح
انها غير مقدرة بمدة معلومة بل هي مفوضة الى رأي الملتقط
فيعرفها الى ان يغلب على ظنه انها لا تطلب بعد ذلك وقدرها
محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول
مالك والشافعي سواء اخذت من الحل والحرم. وقال الشافعي
لقطة الحرم يجب تعريفها الى ان يجيء صاحبها. وما لا يبقى كالاطعمة
المعدة للاكل وبعض الثمار. الى ان يخاف فساده ثم ينتفع بها
فقيرا. والا اي وان لم يكن فقيرا تصدق. وعند الشافعي يجوز ان
ينتفع بها وان كان غنيا. ولو على اصله وفرعه وعرسه لم يقل ان
كانوا فقراء لانفهامه من قوله تصدق فانه لا يكون الا على الفقير
او المسكين. رجاء الظفر بصاحبها وهذا فيما لا يخاف فساده.
فان جاء ربها واجازه فله اجره. اي ثواب التصدق. او ضمن
الاخذ او المسكين. ان هلك في يده وان كان قائما اخذه ذكره

في الهداية

في الهداية. كما في بهيمة وجدت. لا فرق عندنا في اللقطة بين
ان يكون بهيمة وغيرها وعند مالك والشافعي اذا وجد بعيرا او بقرة
او فرسا في الصحراء فالترك افضل. وما انفق عليها بلا اذن حاكم
تبرع وباذنه دين على ربها وآجر القاضي ما له منفعة وانفق
عليها منه كالضال. فان قلت ما الفرق بين الآبق والضال
حتى جاز اجارة الثاني دون الاول قلت لان في اجارة الآبق
تعريضا له على الاباق بخلاف الضال فانه لا اباق غالبا كذا في غاية
البيان. وما لا منفعة له اذن بالانفاق عليها وشرط الرجوع
الى ربها في الاصح ان كان. اي الامر بالانفاق وشرط الرجوع
اصلح والا باعها وامر بحفظ ثمنها. احترز بقوله في الاصح عن
رواية اخرى وهي ان الامر بالانفاق يكفي في ولاية الرجوع
على صاحبها. وللمنفق حبسها لاخذ نفقته فان هلكت
بعد حبس سقطت. اي النفقة لانها بالحبس صارت كالرهن وهو مضمون
بالدين هذا على وفق ما في الهداية وذكر في الينابيع انه حينئذ
لا تسقط النفقة عند علمائنا الثلثة خلافا لزفر وفي التقريب
لابي الحسين القدوري قال اصحابنا لو انفق على اللقطة بامر
القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت تسقط النفقة خلافا لزفر لانها
رهن غير بدل عن عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها عقد يوجب
الضمان. وقبله لا. اي ان هلكت قبل الحبس لا تسقط النفقة

وان بين مدعيها علامتها حل الدفع ولا يجب بلا حجة وقال الشافعي
ومالك اذا بين العلامة يجب الدفع **كتاب الآبق** الاباق
انطلاق الرقيق تمردا ندب اخذه لمن قوي عليه وترك الضال
احب لانه لا يبرح على مالكه وهو يطلبه فيجده ولا كذلك الآبق وراده
اي راد الآبق قنا او مدبرا او ام ولد من مدة سفر اربعون وان
لم يقدر لها اي ان لم يكن قيمته اربعين درهما هذا قول ابي يوسف
وقال محمد ان كانت قيمته اقل من اربعين درهما يقضي بقيمته
الا درهما ان اشهد انه اخذه للرد وقال الشافعي لا يجب شيء بلا شرط
ومن اقل منها بقسطه وان ابق منه اي من الذي اخذه للرد
لم يضمن وان لم يشهد فلا شيء له وضمن ان ابق منه خلافا لابي يوسف
فان الاشهاد ليس بشرط عنده فلا يضمن ويستحق الجعل اذا رده
وعلى المرتهن جعل رهنه هذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه
وان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن **كتاب
المفقود** هو في اصطلاح الفقهاء غائب لم يدر اثره اي خبره
فلا يدري حيوته وموته حي في حق نفسه فلا تنكح عرسه
وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته
وتعتد عدة الوفاة ثم يتزوج من شاءت ولا يقسم ماله ولا يفسخ اجارته
ويقيم القاضي من يقبض حقه ويحفظ ماله ويبيع ما يخاف فساده
وينفق على ولده وابويه وعرسه موقوف الحكم في حق غيره لم يقل

ميت في حق غيره اذ يأباه التفريع الآتي ذكره وايضا لا يبقى المعلق
على موته فيوقف قسطه من مال مورثه الى تسعين سنة اختلفوا
في المدة فظاهر الرواية ان يقدر بموت الاقران وقيل الارفق
ان يقدر بتسعين سنة وعليه الفتوى ذكره في الكافي وانما كان ارفق
لانه اقل المقادير المعينة والتفحص عن حال الاقران انهم ماتوا ولا
غير ممكن اذ فيه حرج فان ظهر حيا فله ذلك لم يذكر حال ظهوره
ميتا لظهور الحال فيه وبعدها اي بعد المدة يحكم بموته في ماله
يوم تمت المدة فتعتد عرسه للموت ويقسم ماله بين من يرثه
الآن وفي مال غيره من حين فقده فيرد ما وقف له الى من يرث
الغير عند موته وذلك ان حيوته بالاستصحاب فان علمنا حيوته
فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان
على ما كان لا للاثبات ما لم يكن ثابتا وفي الامتناع عن قسمة ماله
بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير اثبات
امر لم يكن ثابتا له ولان حيوته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة لدفع
الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويدفع استحقاق
ورثته لماله كذا في المبسوط **كتاب الشركة** هي الخلطة سمي
العقد شركة وان لم يوجد فيه خلطة [illegible] شركة ملك
وهي ان يملك اثنان فصاعدا عينا باي سبب كان وكل كالاجنبي
اي كالذي لا شركة له في مال صاحبه وشركة عقد وركنها الايجاب

والقبول وشرطها كون المعقود عليه قابلا للوكالة وعدم ما يقطعها
كشرط دراهم مسماة من الربح لاحدهما فان هذا يقطع الشركة لاحتمال
ان لا تخرج بعد هذه الدراهم المسماة ربح يشتركان فيه وسمّاه اربعة
اوجه هذا على وفق ما في الهداية ويرد عليه ان المفهوم منه ان لا تكون
شركة الصنايع والوجوه مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك
فالوجه في التقسيم ما ذكره الطحاوي والكرخي واختاره صاحب
البدايع انها على ثلثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة
بالوجوه فكل منها على وجهين مفاوضة وعنان فمفاوضة وهي
شركة متساويين في المال يعني المال الذي يصح فيه الشركة ولا باس
بزيادة مال لا يجري فيه الشركة والتصرف يعني الكفالة من جهته و
الوكالة لمطلق التصرف اذ لا باس في ان يكون بيع احدهما او شراؤه
اكثر من الآخر وهذا اي التساوي في التصرف يستلزم التساوي
في الدين لان الاختلاف في الدين يؤدي الى الاختلاف في التصرف
فان الكافر اذا اشترى خمرا او خنزيرا لا يقدر المسلم ان يبيعه وكالة
من جهته فيفوت شرط التساوي في التصرف ولهذا لم يذكر المص
التساوي في الدين اكتفاء بذكر التساوي في التصرف وهذا
تصرف دقيق لا يهتدي الى امثاله الا من له دربة في هذا الفن
ولا تصح الا بين متحدين حرية وعلما وملة اي لا بد ان يكونا حرين
بالغين ملتهما واحدة فلا تصح بين مسلم وكافر وتصح بين مسلمين

وبين كافرين وان كان احدهما مجوسيا فان الكفر ملة واحدة
وهذا عندهما وعند ابي يوسف الاتحاد ملة ليس بشرط وعند الشافعي
لا تجوز المفاوضة اصلا وقال مالك لا ادري ما المفاوضة ولا تنعقد
الا بلفظها اي بلفظ المفاوضة او ببيان كل ما يقتضيه وهذا
لان المعتبر هو المعنى وتتضمن الوكالة والكفالة فكل منهما وكيل
الآخر وكفيله فاذا اشترى احدهما شيئا فللبايع مطالبة الثمن واخذه
من الآخر ومشترى كل لهما الا طعام اهله وكسوتهم وكذا
طعام نفسه وكسوته وهذا ظاهر مما ذكر بطريق الدلالة وكل
دين لزم احدهما مما يصح فيه الشركة كالشراء والبيع والايجار
احترز بالقيد المذكور عما يلزم بسبب لا تصح فيه الشركة كالجناية
والنكاح والخلع والصلح عن دم عمدا وعن النفقة او بكفالة
بامر ضمنه الآخر خلافا لهما وبغير امر لا هو الصحيح اي اذا لزم احدهما
دين بسبب الكفالة من غير امر المكفول عنه فالصحيح ان هذا الدين
لا يضمنه الشريك الآخر وضمان الغصب والاستهلاك نظيرها
اي بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كذا في
التبيين وان ورث احدهما او وهب له ما يصح فيه الشركة وقبض
اي الموهوب صارت عنانا اي تنقلب اليها وفي العرض والعقار
بقيت مفاوضة اي ان ملك احدهما شيئا سواء كان بالارث او بالهبة
عرضا او عقارا بقيت مفاوضة لان ماله الشركة لم يرد وعنان

وهي شركة في كل تجارة او في نوع ولا تتضمن الكفالة وتصح ببعض
ومع فضل مال احدهما وتساوي لهما لا الربح اي تصح بالمال بشرط
ان يكون المال متساويا ولا يكون الربح متساويا فلذلك فاز فرو
الشافعي وكون مال احدهما دراهم والآخر دنانير وبلا خلط
خلافا لهما ههنا ايضا وكل مطالب بثمن ما اشتريه لا الغير لعدم تضمن الكفالة
ثم رجع على شريكه بحصته منه ان اداه من ماله ولا تصحان الا بالنقدين
والفلوس النافقة قالوا هذا قول محمد واما عندهما فلا تجوز الشركة
والمضاربة ايضا بها والتبر والنقرة ان تعامل الناس بهما
التبر ذهب غير مضروب والنقرة فضة غير مضروبة وقال مالك تجوز
بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا اتحد الجنس وبالعرض بعد
ان باع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر وعقد الشركة وهذا
لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لواحد منهم ان يتصرف في نصيب
الآخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فجاز لكل منهما ان يتصرف
في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن اراد الشركة في العروض لانه
بذلك يصير نصف مال كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فيكون الربح
الحاصل من المالين ربح ما يضمن فيجوز بخلاف ما اذا لم يبيعا وثانيا لانه
اذا كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع
صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة وبهلاك المالين او مال احدهما
اي هلاك مال الشركة او مال احد الشريكين قبل الشراء تبطلها وهو اي

الهلاك على صاحبه قبل الخلط هلك في يده او في يد الآخر وبعده اي
بعد الخلط عليهما فان هلك مال احدهما اي قبل ان يشتري شيئا
بعد شراء الآخر بماله فمشتريه لهما ورجع على الآخر بحصته من ثمنه اي
رجع المشتري على الذي هلك ماله بحصته من الثمن لان الشراء قد وقع
لهما فلا يتغير بهلاك المال وان هلك قبل شراء الآخر ان وكله حين
الشركة صريحا فمشتريه لهما شركة ملك ورجع بحصته ثمنه اي ان لم يشتر
احدهما شيئا وهلك ماله ثم اشترى الآخر بماله ان صرحا بالوكالة في
عقد الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت
فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون
شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن والا فله اي ان ذكرا
مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشتري للذي اشتراه
خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنها الشركة
فاذا بطلت بطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لانها حينئذ
مقصودة ولكل من شريكي مفاوضة وعنان ان يبضع ويودع
ويضارب اي يدفع المال مضاربة ويوكل يعني الاجنبي
بالبيع والشراء والمال في يده امانة اي في يد الوكيل لانه
قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة
وشركة الصنائع والتقبل هذه هو الوجه الثالث من الشركة وهي
ان يشترك صانعان كخياطين وخياط وصباغ ويتقبلا العمل

لا اجر بينهما صحت وان شرطا العمل نصفين والاجر اثلاثا وعندهما
لا يجوز هذه الشركة وعند زفر لا يجوز الا عند اتحاد العمل ذكره
في المنظومة وشرحه ولزم كلا عمل قبله احدهما فيطالب كل بالعمل
ويطالب بالاجر اي يطالب كل منهما باجر العمل سواء كان العامل
هو او شريكه ويبرأ الدافع بالدفع اليه اي يبرأ المستعمل بدفع
الاجرة الى احدهما والكسب بينهما وان عمل احدهما فقط وشركة
الوجوه وهذه رابع الوجوه من الشركة وهي ان يشتركا بلا مال
ليشتريا بوجههما اي ليشتريا بلا نقد الثمن بسبب وجاهتهما
ويبيعا فما حصل بالبيع يدفعان منه ما وجب عليهما بالشراء
وما فضل يكون بينهما وهذه الشركة لا تجوز عند الشافعي وتصح
مفاوضة اذا نصا على المفاوضة او ذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة
واجتمعت فيها شرائطها ومطلقها عنان وكل وكيل الآخر في الشراء
يعني في صورة الاطلاق واما في الصورة الاولى فكل وكيل الآخر
وكفيله وان شرطا مناصفة المشترى او مثالثته فالربح كذلك
ويبطل شرط الفضل لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب او
بالمال او بالضمان كالاستاذ الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه على
التلميذ باقل مما اخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها و
استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان وهو بقدر الملك
في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن وهو غير جائز وفي

المضاربة

المضاربة جاز على خلاف القياس وشركة الوجوه ليست في معناها
اذ لا عمل في مال معين وتعينه هو المجوز في المضاربة الا يرى ان المال
لما كان متعينا في غير شركة الوجوه جاز فيه ايضا اشتراط التفاضل
بشرط العمل كذا في التبيين

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز
الشركة في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وما حصل
لكل ولو بمعاونة الآخر مثل ان يقلع احدهما ويجمع الآخر فله
خاصة وللآخر اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد ولا يزاد على نصف
ثمنه عند ابي يوسف وما اخذاه معا فلهما نصفين ولا في الاستقاء
بان كان لاحدهما بغل وللآخر راوية واستقى احدهما والكسب
للعامل وعليه اجر مثلها للآخر والربح في الشركة الفاسدة اذا اشترط
في الشركة دراهم مسماة من الربح لاحدهما فانه حينئذ يفسد الشركة
على قدر المال حتى لو كان المال نصفين وشرط الربح اثلاثا فالشرط
باطل ويكون الربح نصفين ويبطل الشركة بموت احدهما ولحاقه
بدار الحرب العياذ بالله مرتدا اذا قضى به ولم يزك احدهما مال
الآخر بلا اذنه وان اذن كل صاحبه فاديا ولاء ضمن الثاني
وان جهل باداء الاول وقالا اذا جهل باداء الاول لا يضمن
كذا اشار في كتاب الزكوة وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه
او لم يعلم وهو الصحيح عنده كذا في التبيين وان اديا معا
بان ادى كل منهما بغيبة صاحبه واتفق اداؤهما في وقت واحد

وكذا اذا لم يعلم تقدم احدهما على الآخر. ضمن كل قسط الآخر ولو
شرى مفاوض امة باذن شريكه ليطأها فهي له بلا شيء. وقالا يرجع
الشريك على المشتري بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة
من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه وله ان الجارية دخلت
في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة فاشبه حال عدم الاذن
غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك
ولا وجه لاثباته بالبيع لانه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة
في ضمن الاذن واخذ كل بثمنها. اي للبائع ان يطالب بالثمن
ايهما شاء. لما عرفت ان المفاوضة تتضمن الكفالة

كتاب الوقف

هو لغة الحبس وفي الشرع حبس العين على ملك الواقف والتصدق
بالمنفعة. هكذا قالوا ولو قيل وصرف منفعتها الى وجه من وجوه
الخير لكان اولى لان الموقوف له لا يلزم ان يكون فقيرا والتصدق
لا يكون الا له كالعارية. يعني يرجع عنه متى شاء ويبيعه ويورث
عنه هذا عنده وعندهما هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انما زاد
لفظ الحكم لان ملكه تعالى بمعزل عن تصرف العبد فيه انما تصرفه في حكمه
قال في الحقائق ظن بعض اصحابنا انه غير جائز على قوله من اشارة
ظاهر الرواية ان ابا حنيفة كان لا يجيزه لكن مراده انه لا يجعله لازما
واما اصل الجواز فثابت عنده. فلو وقف على الفقراء. او بنى سقاية
او خانا. الخان ما بني في المفاوز وعلى طرق البلاد لينزل فيه ابناء

السبيل

السبيل ذكره في المستصفى لبني السبيل او رباطا. الرباط ما بني في
الثغور لينزل فيه الغزاة او جعل ارضه مقبرة لا يزول ملك
الواقف عنه وان علق بموته نحو ان مت فقد وقفت. قال
في التبيين لو علق الوقف بموته ثم مات صح ولزم اذا خرج
من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع
ويكون ملك الميت باقيا فيه حكما فيتصدق عنه دائما وان لم يخرج
من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقي الى ان يظهر له
مال آخر او يجيز الورثة فان لم يظهر له مال ولم يجز الورثة يقسم الغلة
بينهما اثلاثا ثلثه للوقف والثلثان للورثة وقوله في الصحيح
رد على ابي الحسين القدوري حيث صحح في مختصره بزوال
الملك بالتعليق بالموت قال في الكافي لو علقه بموته يكون لازما
بالاجماع ولكن عنده يكون رقبته ملكا لورثته اولا عندهما
لا يكون مملوكا لاحد وكذا ان تقول يجوز ان يكون مراد ابي الحسين
من الملك الزائل في صورة التعليق ملك التصرف لا ملك الرقبة
فانهما قد يفترقان كما في المكاتب فانه مملوك للمولى رقبة لا يدا.
الا ان يحكم به قاض استثناء من عدم زوال ملك الواقف
لا من عدم لزومه كما توهم لما عرفت انه لازم في الصورة السابقة
ايضا اعلم ان الخلاف بينه وبين صاحبيه في موضعين احدهما في زوال
ملك الواقف بالوقف وقد تعرض له المصنف والثاني لزومه به وسكت

عنه قال في الحقائق الوقف لا يلزم عنده الا بطريقين احدهما
قضاء القاضي بلزومه لانه مجتهد فيه والثاني ان يخرجه مخرج الوصية فيقول
اوصيت بغلة داري هذه او يقول جعلتها وقفا تتصدق بغلتها
على المساكين وعندهما الوقف لازم بغير هذه التكلفات والناس
لم يأخذوا بقوله في هذا للآثار المشهورة عن رسول الله صلعم
والصحابة وتعامل الناس وذكر في التتمة والعيون ان الفتوى
على قولهما ولقد احسن من قال لا حجة لهم في ذلك على الامام يعني
للناس في اخذهم بقولهما بما شاهد وامكن وقف الخليل عليه السلام
لانه نفي اللزوم لا الصحة على المذهب الصحيح والوجود لا يدل على اللزوم
ولئن سلم انه لا يصح عنده فعدم الصحة غير مستغرق لافراده بل يصح
المضاف والمحكوم بجوازه فلم لا يجوز ان يكون الوقف الموجود
من تلك الافراد وكيف يصح الطعن على سيد التابعين بانه لم يشاهد
الوقف الحرمين مع انه حج خمسا وخمسين حجة ولقي فيهما الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين والا في مسجد بني وكذا في مصلى الا بنا فيه
ذكره قاضي خان في فتاواه واقرر طريقه هذا عندهما خلافا لابي يوسف
واذن للناس بالصلوة فيه وصلى واحد جعل ارضه مسجدا عند
ابي حنيفة ومحمد لا يكون مسجدا بدون التسليم غير ان عند محمد
يتم التسليم اذا صلى واحد باذنه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة
وفي رواية اخرى عنه بشرط الجماعة وعند ابي يوسف اذا بناه على

المسجد

المسجد وقطع بينه وبين الناس يكون تسليما والصلوة ليست بشرط
للزومه كذا في جامع قاضي خان وان جعل تحته سردابا لمصالحه وان
جعل لغيره اي لغير مصالحه او جعل وسط داره مسجدا واذن للصلوة
فيه فلا لفقد شرط افراز الطريق وعند ابي يوسف يزول نفس
القول ثم يرد انه لا يزول بدونه لما عرفت انه يزول بالفعل ايضا
وعند محمد بشرط التسليم وذلك في المسجد بالاذان المذكور انفا
وفي غيره بنصب المتولي وتسليمه اياه فصح وقف مشاع يقسم عند الاول
دون الثاني تفريع على الخلاف المذكور انفا بناء على ان القسمة من تمام القبض
وانما قال يقسم لانه اذا كان مما لا يحتمل القسمة لا يصح الوقف في المسجد
والمقبرة عند الاول ايضا وفي غيرهما يصح الوقف عند الثاني ايضا
فالخلاف فيما يحتمل القسمة قال في المحيط ابو يوسف كان يضيق
في امر الوقف غاية التضييق اولا مثل ابي حنيفة ثم رجع و
وسع غاية التوسيع حتى لم يشترط القبض والافراز ومحمد
توسط بينهما ولهذا افتى به عامتهم وجعل غلة الوقف او الولاية
لنفسه وشرط ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء وكذا
لو شرط ان يبيعها ويستبدل بثمنها مكانها ذكره في الخلاصة
عند ابي يوسف خاصة وهلال مع ابي يوسف وعليه الفتوى
كذا في واقعات قاضي خان وذكر الانصاري في وقفه وينبغي
للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان ياذن له في بيعها

اذا رآه انظر لاهل الوقف ذكره في الاجناس وذكر في المنتقى عن
محمد انه اذا صار الوقف بحال لا ينتفع به المساكين فللقاضي
ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك الا للقاضي وشرط
لتمامه ذكر مصرف مؤبد وقال ابو يوسف صح بدونه واذا انقطع
صرف الى الفقراء وصح وقف العقار لا المنقول خلافا لهما فانهما
قالا يجوز وقف الكراع والسلاح والضيعة ببقرها واكرتها وآلات
الحرث وعند الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز
بيعه يجوز وقفه وعند محمد خلافا لابي يوسف صح وقف
منقول فيه تعامل كالفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة
وثيابها والقدر والمرجل والمصحف وعليه اكثر فقهاء الامصار
وعن نصر بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصاحف وهذا
صحيح واذا صح الوقف لا يملك لما مر انه يزول عنه الملك
ولكن يجوز قسمة المشاع عند ابي يوسف القسمة في غير المثليات
يغلب فيها جهة التمليك لا جهة الافراز ومع هذا جوز ابو يوسف
قسمة المشاع وجعل جهة الافراز غالبة في الاوقاف فان
وقف نصيبه من عقار مشترك يجوز للواقف ان يقسم مع
الشريك وان وقف نصف عقار كله له فالقاضي يقسم مع الواقف
ولا يقسم بين مصارفه ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته
وان لم يشترطها الواقف ان وقف على الفقراء وان وقف

على معين وآخره للفقراء فهي في ماله فان امتنع او كان فقيرا
آجره الحاكم وعمره باجرته ثم رده الى مصرفه ونقضه يصرف الى
عمارته او يدخر لوقت الحاجة فان تعذر صرفه اليها بيع وصرف
ثمنه اليها

كتاب البيع

هو عقد يتضمن مبادلة مال بمال تملك
المبادلة توجد بدون البيع كما اذا فقد الملك في احد الطرفين
بايجاب وقبول لم يقل بالتراضي لانه معتبر في صحته ولزومه
لا في انعقاده ونفاذه فلا مساغ لاعتباره قيدا للبيع في درجة
انعقاده بلفظهما ماض متعددا كان او واحدا كما اذا باع
الاب من ابنه الصغير وبتعاطي البيع كما ينعقد بالقول وركنه
الايجاب والقبول كذلك ينعقد بالفعل وركنه التعاطي ذكره
صاحب البدايع ثم ان في البيع بالتعاطي لا بد من الاعطاء من
الجانبين عند البعض ويكفي من احد الجانبين عند البعض الآخر
في النفيس والخسيس وانما قال هذا لان عند البعض انما ينعقد
بالتعاطي في الخسيس لا في النفيس هو الصحيح رد للقول المذكور
واذا اوجب واحد قبل الآخر بائعا كان ذلك الآخر او مشتريا
فان القبول ثاني شطري العقد سواء صدر من البائع او من
المشتري في المجلس انما ذكر هذا القيد لان خيار القبول مشروط
بقيام المجلس في كل المبيع بكل الثمن او ترك انما قال في كل المبيع
ايجاب المشتري وقبول البائع كما هو موجب اطلاق لفظي الواحد و

قوله المبيع ليتناول

الا اذا بين ثمن كل وكرر لفظ العقد اي اذا قال بعت هذا
بدرهم وبعت ذلك بدرهم فقبل احدهما بدرهم يجوز وتكرار
لفظ العقد لا بد منه في تعدد الصفقة عند ابي حنيفة وما لم يقبل
بطل الايجاب ان رجع الموجب او قام ايهما لم يقبل عن مجلسه لان
الايجاب يبطل بمجرد القيام وان لم يذهب عن المجلس لدلالته على
الاعراض واذا وجدا اي تم الانعقاد لزم البيع لان المرتب
على وجودهما هو الانعقاد واما اللزوم فامر آخر وراء ذلك
له شرائط مخصوصة ان صادفها يوجد والا فلا ولا خيار لواحد منهما
خيار المجلس خلافا للشافعي وصح في العوض المشار اليه مبيعا كان
او ثمنا فان كلا منهما عوض عن الآخر والحكم المذكور مشترك بينهما
ولذلك قال في العوض ولم يقل في الثمن بلا علم بقدره ووصفه لا في
غيره اي لا يصح في غير المشار اليه فانه حينئذ لا بد من علم بقدره ووصفه
واما ذكرهما فغير لازم ولذلك صح بالثمن المطلق وثمن حال شرع في
ذكر الاحوال المختصة بكل من العوضين وقدم ما يتعلق بما هو الوسيلة
والى اجل علم وبالثمن المطلق اي لم يذكر صفته كما اذا قيل بعت
بعشرة دراهم فان استوت مالية النقود فعلى ما قدر من اي نوع
اي يقع البيع على القدر المبين اي نوع كان فيعطي المشتري اي
نوع شاء وان اختلف فعلى الاروج وفسد اي في صورة اختلاف
مالية النقود يفسد البيع ان استوى رواجها الا ان يبين احدهما

اي بين

اي يبين المشتري في المجلس احد النقود ورضي به البائع وهذا
لا ينافي كون الانعقاد بالثمن المطلق فالاستثناء متصل وفي الطعام
والحبوب الطعام اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء يقع في العرف على
الحنطة ودقيقها ولذلك احتيج الى ذكر الحبوب بعده تعميما لغيرها كيلا
وجزافا ان بيع بغير جنسه وباناء لا ينكبس لكبس او حجر معين
لم يدر قدره وفي صاع واحد في بيع صبرة كل صاع بكذا وفي كلها ان
سمي جملة قفزانها سواء كان التسمية عند العقد فيكون البيع بلا خيار
او بعده حال قيام المجلس فيخير المشتري وفسد في الكل في بيع ثلة وثوب
كل شاة او ذراع بكذا لانه ينصرف الى الواحد والواحد منها
متفاوت وقد نبه على ذلك بقوله وكذا كل معدود متفاوت
فيه بحث وهو ان مبنى هذا التعليل على لزوم التفاوت في جوانب
الثوب مطلقا وليس كذلك فان من الثياب ما لا يتفاوت جوانبه
ولذلك تمسك فيه بعضهم بلزوم الضرر بالقطع وفيه ايضا كلام وان
باع صبرة على انها مائة صاع بمائة وهي اقل او اكثر اخذ المشتري
الاقل بحصته او فسخ البيع وما زاد للبائع لان البيع وقع على
مقدار معين والقدر ليس بوصف هذا اذا لم يختلف ظاهره
وباطنه بالجودة والرداءة وان باع المذروع هكذا اخذ الاقل
بكل الثمن او ترك والاكثر له بلا خيار البائع لان الذرع وصف
في الثوب الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف

لا يقابله شيء من الثمن بخلاف القفزان في المكيل فانه قدر لانه عبارة
عن الكمية المخصوصة وليس المراد من الوصف ههنا ما يوجب
الحسن او القبح فيما قام به بفصح عن هذا قولهم ان الوزن فيما يضره
التبعيض وصف وفيما لا يضره قدر مع عدم الاختلاف في الاتحاد
الحسن في المحل وان قال كل ذراع بدرهم تخير في اخذ الاقل والاكثر
بحصته ان كان التفاوت بذراع وان كان بنصف ذراع لا يتخير
لكن يتخير في صورة النقصان لان الذرع وصف وانما اخذ حكم
المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع ففي الاقل يبقى الحكم على الاصل
وعند محمد يعتد به فيتخير في اخذه بحصته في الصورتين لان من
ضرورة مقابلة الذرع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه وعند
ابي يوسف يأخذ الناقص بحصته الكامل لانه لما افرد كل ذراع
ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب وقد انتقص وصح بيع عشرة
اسهم من مائة سهم لا بيع عشرة اذرع من مائة من دار هذا عنده وقالا
صح في الوجهين لانه باع عشرا مشاعا من الدار وله ان في الثاني
المبيع محل الذرع وهو معين مجهول الامشاع بخلاف السهم ولا بيع عدل
على انه عشرة اثواب وهو اقل او اكثر للجهالة في حصة الموجود
او في المبيع ولو بين لكل ثمنا صح في الاقل بقدره وفسد في الاكثر
وصح بيع البر في سنبله وللشافعي فيه قولان والباقلاء والارز
والسمسم في قشرها قال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر

والجوز واللوز والفستق في قشرها الاول انما قال في قشرها الاول
ليعلم الحكم فيه اذا كان في قشرها الثاني بطريق الدلالة ولو اطلق لتبادر
الوهم الى الثاني وبيع ثمرة لم يبد صلاحها هذا على الاصح قدمه رعاية
للترتيب الطبيعي واهمالا لما فيه قوة الخلاف او قد بدا لنحو بما فهم
دلالة وتنصيص للرد على الشافعي وتجريد لموضع خلافه ويجب قطعها
في الحال وشرط تركها على الشجر يفسد البيع كاستثناء قدر معلوم منها
بان باع ثمرة واستثنى ارطالا معلومة لان الباقي بعد الاستثناء
مجهول ولا فرق بين ان يكون مقطوعة وبين ان يكون على الشجر يرشدك
اليه ما في الهداية من الاطلاق على وفق العموم المفهوم من التعليل
المذكور واجرة الكيل والوزن والعد والذرع على البائع واجرة
وزن الثمن ونقده على المشتري وفي بيع سلعة بثمن سلم هو اي الثمن
درهما كان او دينارا اولا لان السلعة تتعين بالبيع والدرهم
والدينار لا يتعينان الا بالتسليم ولا بد من تعيينه كيلا يلزم الربوا
وفي غيره وهو بيع السلعة بالسلعة وبيع الثمن بالثمن سلما معا
لتساويهما في التعيين في احدى الصورتين وعدمه في الاخرى هذا
اذا كان كل من البدلين عينا واما اذا كان دينا مبيعا كما في السلم
او ثمنا كما في البيع بثمن مؤجل فاللازم عقيب البيع تسليم ما هو العين فقط
باب الخيار صح شرط الخيار لاحد العاقدين فقط بايعا كان
او مشتريا ولهما معا ثلثة ايام او اقل لا اكثر فانه مفسد للبيع خلافا

لابي يوسف ومحمد الا انه يجوز البيع ان اجاز من له الخيار في الثلث
خلافاً لزفر وان شرى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع صح
والى اربعة لا خلافاً لمحمد فهو على اصله وكذا ابو حنيفة واما ابو يوسف
فانه قد اخذ بالاثر في الموضعين وذلك انه روي عن ابن عمر في
الخيار الزيادة على الثلثة وفي هذه المسئلة ثلثة ايام فلم يتجاوز
حد الاثر فيما لا يدرك بالقياس ذكره فخر الاسلام في الجامع الصغير الا انه
ان نقد في الثلث جاز ترك التفريع واصاب وكذا فيما سبق لان
اشتراك المسئلتين في العلة انما يصحح ذكر احديهما عقيب الاخرى لا تفريع
احديهما على الاخرى ولا يخرج مبيع عن ملك بايع مع خياره فهلكه فيها
يعني في مدة الخيار في يد المشتري عليه بالمثل ان كان مثلياً او بالقيمة
ان لم يكن مثلياً لان البيع كان موقوفاً فانفسخ بالهلاك لعدم
امكان النفاذ بدون المحل فاعتبر مقبوضاً على سوم الشراء ويخرج
مع خيار المشتري فهلكه في يده بالثمن كتعيبه فيها فانه نظير الهلك
في الصورتين على ما افصح عنه صاحب الهداية عيباً لا يرتفع كما
اذا قطعت يده واما اذا كان عيباً يجوز ارتفاعه كالمرض
فهو على الخيار اذا زال المرض في الايام الثلثة واما اذا مضت
الثلثة والعيب قائم لزمه العقد لتعذر الرد كذا في الايضاح
ولا يملكه المشتري يعني اذا كان الخيار له وقالا يملكه وثمرة الخلاف
تظهر في المسائل المذكورة بقوله فشراء عرسه بالخيار لا يفسد نكاحه

فان وطيها المشتري في ايام الخيار يملك ردها لانه بالنكاح
فلا يكون اجازة الا اذا نقصها به اي بالوطي بكراً كان او
ثيباً ولا يعتق قريبه عليه اراد ذا رحم محرم ولا من شراه قائلاً
ان ملكت قناً فهو حر ولا يعد حيض المشتراة في المدة من الاستبراء
لانه انما يجب بعد ثبوت الملك ولا استبراء على البايع ان ردت
عليه بخيار لانه انما يجب بتجدد الملك ولم يوجد حيث لم يدخل
في ملك غيره فكانه لم يزل ملك البايع ومن ولدت في المدة بالنكاح
في يد البايع بان اشترى زوجته بالخيار وهي حاملة فولدت
في ايام الخيار لا تصير ام ولده ويملك الرد وقالا لا يملكه لتعيبه
في ملكه وتصير ام ولد له لو ادعى الولد لانه ولده والفراش ضعيف
وانما قال في يد البايع لان الولادة لو كانت في يد المشتري
تصير ام ولد له بالاتفاق لانها تتعيب بالولادة ولا يملك
الرد فتصير ملكاً للمشتري فتصير ام ولد له ولا دخل فيه لوقوع
الولادة وهلكه في يد البايع عليه ان قبضه المشتري باذنه واودع
عنده فيها اي في المدة لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك فلم يصح
الايداع فهلاكه بعد ذلك في يد البايع ان كان في المدة فهو هلاك
قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد مضيها فهو هلاك
قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع البات وعندهما من مال
المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك له وفي خيار رؤية دون

شرى بالخيار وابراءه بايعه من ثمنه في المدة. لان المأذون
يلي عدم التملك تحصيلا لانه لما لم يملكه بسبب الخيار كان رده بنفاذ
الخيار امتناعا عن التملك وللمأذون ولاية في ذلك فانه اذا اوصي له
شيء فله ولاية ان لا يقبله وقالا لا يبقى له الخيار لانه ان بقي كان له
ولاية الرد وقد ملكه فيكون رده تمليكا بغير عوض والمأذون
لا يملك ذلك. ويبطل شراء ذمي من ذمي خمرا بالخيار ان اسلم فيها
اي اسلم المشتري في مدة خياره لئلا يتملكها مسلما باسقاط خياره
وقالا لا يبطل الخيار لئلا يملكها مسلما برده لانه ملكها. ومن له الخيار
يجيز وان جهل صاحبه ولا يفسخ بلا علمه خلافا لابي يوسف والشافعي
هذا اذا كان الفسخ بالقول واما اذا كان بالفعل كالاعتاق
والبيع والوطي فيجوز بلا علمه بالاتفاق. فان فسخ وعلم في المدة
انفسخ والا تم عقده. لا يقال ان في شرط العلم ضررا لمن له الخيار
اذ يجوز ان يختفي صاحبه فلا يصل اليه الخبر في مدة الخيار لانا نقول
يمكن تداركه بان يأخذ منه وكيلا يثق به حتى اذا بدا له الفسخ
رده عليه. ويورث خيار العيب والتعيين لا الشرط والرؤية
خلافا للشافعي. وان اشترى وشرط الخيار لغيره فاي اجاز او نقض
صح ذلك. شرط الخيار للاجنبي انما يثبت بطريق النيابة عمن شرط
من العاقدين فيثبت له اقتضاء فرضي البايع بخيار الغير يتضمن رضاه
بخيار المشتري ضرورة ان الرضي بفعل النائب رضا بفعل الاصل وتوقف

ثبوت الخيار للغير على رضى من له الشرط من العاقدين لاستلزام
نيابته عنه ايضا الا يرى ان ثبوت الخيار لكل من العاقدين موقوف
على رضى الآخر ولا نيابة. فان اجاز احدهما وفسخ الآخر فالاول
اولى وان وجدا معا فالفسخ اولى. وبيع عبدين بالخيار في احدهما
صح ان فصل ثمن كل وعين محل الخيار وفسد في الاوجه الثلثة
الباقية. وذلك ان المبيع بشرط الخيار داخل في الايجاب لا الحكم
فهو مبيع من وجه دون وجه ففي صورة الجهالة في جملة اعتبر جهة
انه ليس بمبيع وفي صورة عدم الجهالة اصلا اعتبر جهة انه مبيع
فلم يلزم جعل قبول ما ليس بمبيع شرطا لقبول ما هو مبيع حتى يفسد
العقد. وشراء احد الثوبين او احد ثلثة على ان يعين ايا شاء
في ثلثة ايام صح لا ان لم يشترط تعيينه. هذا على رواية الجامع الصغير
وقال شمس الائمة هو الصحيح وفي رواية الجامع الكبير على خلاف
ذلك وقال فخر الاسلام هو الصحيح. ولا في احد اربعة لان الرخصة
على خلاف القياس لمكان الحاجة وهي تندفع بالثلثة لاشتمالها
على الجيد والردي والمتوسط. واخذه بالشفعة دارا بيعت
بجنب ما شرط فيه الخيار رضا لان الاخذ بالشفعة يقتضي اجازة
المشفوع به. وخيار شرط المشتريين يسقط برضا احدهما وكذا
خيار العيب والرؤية. خلافا لهما لان اثبات الخيار لهما اثبات
لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه

ولهُ انّ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو ردّه احدهما
ردّه معيبا وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار
لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد • وعند مشتري بشرط
خبزه او كتبه ووجد بخلافه اخذه بثمنه او تركه • لانّ هذا وصف
مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه
لم يرض به دونه واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لانّ الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن **فصل** صح شراء من لم يره • خلافا
للشافعي • وللمشتري الخيار عندها • اي عند الرؤية • الى ان يوجد
مبطله وان قال رضيت قبلها • لم يبطل وان رضي قبلها لما فيه
من ابهام تحقق الرضا قبلها وفساده ظاهر وتمكنه من
الفسخ بحكم انه عقد غير لازم في حقه لخلل في الرضا لا للخيار ذكره
في الجامع الصغير • لا لبايعه لو باعه وخيار الشرط تعيبه
وتصرف لا يفسخ كالاعتاق والتدبير او يوجب حقا للغير
كالبيع المطلق • اي بدون شرط الخيار للبايع • وانما قلنا
للبايع لان شرط الخيار للمشتري لا ينافي الاطلاق المراد هنا
والرهن والاجارة قبل الرؤية وبعدها • لان هذه الحقوق
تمنع الفسخ فيلزم البيع وبلزومه يتعذر الفسخ ويبطل الخيار
ومعنى بطلانه قبل الرؤية خروجه عن صلاحيته ان يثبت له
الخيار عندها • وما لا يوجب حقا للغير كالبيع بخيار البايع والمساومة

والهبة

والهبة بلا تسليم تبطل بعدها لا قبلها • لان هذه التصرفات لا تربو
على صريح الرضا وهي انما تبطله بعد الرؤية • والنظر الى وجه الامة
والصبرة ووجه الدابة وكفلها وظاهر ثوب مطوي غير معلم
والى موضع علمه معلما ونظر وكيله بالشراء وبالقبض كاف
لا نظر رسوله • وعندهما نظر الوكيل بالقبض غير كاف لانه وكله
بالقبض دون اسقاط الخيار وله انه وكيل بالقبض مطلقا
فيملك القبض التام وهو ان يقبضه وهو يراه وهذا لان تمامه
بتمام الصفقة وهي لا تتم مع بقاء خيار الرؤية • وشرط رؤية
داخل الدار • في عامة الروايات اذا رأى صحن الدار فلا خيار
له وان لم ير بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار وعند زفر
لا بد من رؤية داخل البيوت والصحيح ان ذلك الجواب على وفق
عادة اهل الكوفة في زمن ابي حنيفة لانها تكون على نمط
واحد واما اليوم فصفات الدور تختلف فالعمل بما قاله زفر
وهذا ما اشار اليه بقوله اليوم • وبيع الاعمى وشراؤه صح وله
الخيار مشتريا ويسقط بجس المبيع وشمه وذوقه فيما يدرك
بذلك • وبوصف العقار • بابلغ ما يمكن هذا عندهما وعنده
يوكل وكيلا بقبضه فيقبضه له وهو يراه وينظر اليه كذا في شرح
الجامع الصغير للامام الكردري • ومن رأى احد الثوبين ثم
شراهما ثم رأى الآخر فله ان يردهما لا رد الآخر وحده لئلا يلزم

تفريق الصفقة قبل التمام ومن رأى شيئا ثم شراه خير ان وجده
متغيرا والا فلا والقول للبائع مع يمينه اذا اختلفا في عدم
تغيره الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد للمشتري حينئذ
وللمشتري اذا اختلفا في عدم رؤيته ومن شرى عدلا وقبض
فباع منه ثوبا او وهب وسلم لم يرده بخيار رؤية وشرط بل بعيب
والاصل فيه ان رد البعض يوجب تفريق الصفقة وهو قبل
الاتمام لا يجوز وبعده يجوز ثم خيار الشرط والرؤية يمنعان
تمام الصفقة وخيار العيب يمنعه قبل القبض لا بعده

فصل

المشتري وجد
في مشتريه عيبا ينقص قيمته عند التجار رده واخذه بكل ثمنه لا
امساكه واخذ نقصانه اراد عيبا كان عند البائع والمشتري
قبض المبيع من غير علم به ولم يوجد منه ما يدل على الرضى به بعد العلم به
والاباق ولو الى ما دون سفر والبول في الفراش وسرقة صغير
يعقل عيب انما قال يعقل احترازا عمن لا يعقل لان سرقته ليست
بعيب وبالغ عيب آخر عطف على معمولي عاملين مختلفين والمجرور
مقدم فلو سرق عندهما اي عند العاقدين في صغره وهو عاقل
رده وان حدث عنده في صغره وعند مشتريه في كبره لا وجنون
الصغير عيب بلا تفصيل فيرد من جن في صغره عنده ثم عند مشتريه
او كبره والبخر والدفر والزنا والتولد منه عيب فيهما لا فيه والكفر
عيب فيهما والاستحاضة وارتفاع حيض بنت سبع عشرة سنة لا اقل

عيب وان ظهر عيب قديم بعد ما حدث عنده آخر فله نقصانه
لا رده الا برضاء بايعه كثوب شراه فقطعه فظهر عيب وللبائع
اخذه كذلك فلا يرجع مشتريه بالنقصان ان باعه اذ للبائع
حق اخذه معيبا فالمشتري بالبيع يكون حابسا للمبيع فلا يرجع
بالنقصان وان خاطه او صبغه احمر انما قال احمر ليكون الزيادة
في المبيع اتفاقية فان بعض الالوان كالسواد نقصان عنده
او لت السويق بسمن ثم ظهر عيبه رجع بنقصانه لامتناع الرد
بسبب الزيادة وليس للبائع اخذه لان الامتناع لحق الشرع
لا لحقه ولا لحق المشتري ولذلك لو تراضيا على الرد لا يقضي القاضي
بالرد ذكره في شرح الطحاوي ولو باعه بعد رؤية عيبه لان الرد
قد امتنع قبله فلم يكن بالبيع حابسا للمبيع كما لو اعتقه قبلها اي قبل
رؤية العيب مجانا او دبره او استولد او مات عنده فان في هذه
الصور يرجع المشتري بالنقصان وان اعتقه على مال او قتله او اكل
الطعام او بعضه هذا عنده وعند ابي يوسف يرجع بنقصان
ما اكل ويرد الباقي ان رضي البائع والا فلا وعند محمد يرجع بنقصان
ما اكل ويرد الباقي مطلقا وعليه الفتوى والخلاف فيما اذا كان
الطعام في وعاء واحد ولم يكن في وعاء فان كان في وعائين
فله رد الباقي بحصته من الثمن في قولهم كذا في الحقائق والخانية
او لبس الثوب فتخرق لم يرجع اعلم ان الاصل ان امتناع الرد من جهة

المشتري اذا كان بفعل مضمون يبطل حقه الرجوع بنقصان العيب
واذا كان بفعل مضمون لا يبطل حقه في الرجوع والعتق ليس بمضمون
بدليل ان الشريك المعسر اذا اعتق لم يضمن وكذا التدبير وان اشترى
بيضا او بطيخا او خيارا او جوزا فكسر فوجد فاسدا فله نقصانه في
المنتفع به وكل ثمنه في غيره ومن باع ما اشتراه فرد عليه بعيب بقضاء باقرار
او بينة او نكول رد على بايعه اي يكون له حق الخصومة مع بايعه
وان رده برضاه لا لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما
والبايع الاول غيرهما فلا يعود الى المشتري الاول الملك
المستفاد من جهة البايع الاول ليخاصمه والرد على بايعه بالقضاء
فسخ في حق الكل فعاد الى المشتري الاول قديم ملكه فكان له
حق الرد على بايعه وقال زفر في النكول والاقرار لا يرده لان
الرد بهما يكون بيعا جديدا لا فسخا في حق البايع الاول لانه حصل
بتراضيهما لان النكول والاقرار بالعيب سبب الفسخ ومباشرة السبب
يكون رضا بحكمه ولنا ان الرد حصل بالقضاء جبرا لان الشرع ينزله
بالنكول باذلا جبرا والقاضي الزمه بالاقرار استرداد المبيع جبرا فلا بد
من ان يجعل فسخا والنكول والاقرار ليسا بسببي الفسخ لا يوجد بهما
بل بالقضاء لا عن اختيار فلا يكون رضا بالفسخ وصار كالفسخ
بالشبهة هكذا ذكر شمس الائمة في المبسوط وبهذا ظهر عدم الحاجة
الى التاويل الذي ذكره صاحب الهداية بقوله معنى القضاء بالاقرار انه

انكر

انكر الاقرار فاثبت بالبينة واتضح فساد ما قيل في توجيهه انه اذا
اقر عند القاضي يكون طايعا في اخذ المبيع ولا يكون له ولاية
الرد على البايع الاول وان قبض مشتر وادعى عيبا لم يجبر على دفع
ثمنه حتى يحلف من التحليف لا من الحلف بايعه انه لا عيب او
يقيم بينة عطف على يحلف بايعه فيكون اقامة المشتري بينة
على دعواه غاية لتعين عدم الجبر كالتحليف لا لعدم الجبر حتى يلزم الجبر
على دفع الثمن عند اقامة البينة على العيب وانما قلنا انه
غاية لتعين عدم الجبر اذ حينئذ يحتمل ان لا يقبل البينة فيجبر المشتري
على دفع الثمن ويحتمل ان يقبل فيبقى عدم الجبر كما كان ونظيره قوله
عليه السلام لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فان سماع
كلام الآخر غاية لتعين عدم القضاء لاحدهما لا لعدم القضاء له
حتى يتعين القضاء لاحدهما عند سماع كلام الآخر وعند غيبة شهوده
دفع المشتري الثمن ان حلف بايعه ان لا عيب ولزم عيبه ان نكل
البايع عن الحلف وان ادعى اباقه اقام بينة اولا انه ابق
عنده ثم حلف بايعه بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط لقائل
ان يقول في هذا الوجه ترك النظر للبايع لان قوله وما ابق قط
شامل للاباق من الغاصب اذا لم يعلم منزل مولاه او لم يقدر على
الرجوع اليه وهو ليس بعيب او بالله ما له حق الرد عليك من دعواه
هذه او بالله ما ابق عنده قط لقائل ان يقول فيه ترك النظر

للمشتري لانه لا يتناول الاباق من المودع والمستاجر والمستعير
والغاصب الى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع اليه مع انه عيب
وكذا لا يشمل الاباق عند من اشترى عنه البايع وعند مورثه او
واهبه مع انه ايضا عيب لا بالله لقد باعه وما به هذا العيب
اذ يمكن ان لا يكون العيب وقت البيع ويحدث بعد البيع قبل التسليم
وحينئذ للمشتري حق الرد ايضا فيتضرر بالحلف على الوجه المذكور
ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب اذ يمكن ان يأول
البايع كلامه ويريد ان العيب لم يكن موجودا عند البيع والتسليم معا
فيتضرر المشتري بمثل ما مر وقد اندفع هذا الاحتمال في الصورة
المتروكة بعبارة قط لانها موضوعة لعموم السلب في الماضي
وعند عدم بينة المشتري على العيب عنده يحلف بايعه عندهما انه ما يعلم
ابق عنده واذا نكل عن اليمين يحلف ثانيا للرد واختلفوا على قولهما
ان الدعوى شرط حتى يترتب عليه البينة او التحليف ولكن على ما قال البعض
ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس يصح الا من خصم ولا يصير
خصما فيه الا بعد قيام العيب ولا يمكن اثباته بالحلف لما البينة فقد
تعام ليصير خصما لكن لا يحلف ليصير خصما ويشكل هذا بما قالوا في الشفعة
من ان المشتري ان لم يقر بان التي يشفع بها ملك الشفيع ولم يكن له بينة
على انها ملكه يستحلف المشتري ما لم يعلم انها ملكه فان نكل ثبت انها ملكه ثم يثبت
خصومة الشفعة فالتحليف في الصورة المذكورة لانشاء الخصومة ولو قال

البايع

البايع بعد التقابض بعتك هذا العبد مع آخر وقال المشتري لي
هذا وحده فالقول له مع اليمين لان القول للقابض امينا كان او ضمينا
كما في الوديعة والغصب وكذا اذا اتفقا في قدر المقبوض كما مر
ولو اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد باحدهما او الآخر
عيبا اخذهما او ردهما ولو قبضهما رد المعيب خاصة لان الصفقة
انما تتم بالقبض وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز وبعده يجوز
وكيلي او وزني قبض ان وجد ببعضه عيبا رد كله او اخذه لانه
اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد قيل هذا اذا كان في
وعاء واحد ولم يكن في وعاء لان تمييز المعيب من غيره يوجب
زيادة عيب في المعيب فيصير ردا بعيب حادث فلا يصح واما اذا
كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين ولو استحق بعضه بعد
القبض لم يرد باقيه لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع
تمام الصفقة لان تمامها برضى العاقدين ولو استحق قبل القبض
فله حق الفسخ في الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام بخلاف الثوب
لان التبعيض يضره فله حق الرد في الباقي ومداواة المعيب
وركوبه في حاجته رضا ولو ركب لرده او سقيه او شراء
علفه ولا بد له منه فلا ولو قطع بعد قبضه وقتل بسبب كان
عند بايعه رده واخذ ثمنه الرد في صورة القطع واما في القتل
فلا رد بل اخذ الثمن ثم ان هذا عنده وقالا ليس له ان يرده

بل يرجع بالنقصان ولو باع وبرئ من كل عيب صح وان لم يعد ما خلافا للشافعي لان البراءة عن الحقوق المجهولة لا تصح عنده وعندنا تصح لعدم افضائه الى المنازعة ثم ان هذه البراءة يشتمل العيب الحادث قبل القبض عندهما خلافا لمحمد كذا في شرح الطحاوي وشرح الكافي للسرخسي

باب البيع الفاسد

الفاسد كما يذكر في مقابلة الباطل كذلك يذكر في مقابلة الصحيح فيراد به ما يعم الباطل والمراد به ههنا هذا المعنى العام وهو المناسب للمقام فلا يعيب كما سبق الى بعض الاوهام ثم ان عقد الباب للبيع الفاسد وقد يذكر فيه بعض الصحيح تبعا على ما ستقف عليه بطل بيع ما ليس بمال المال عين يجري فيه التنافس والابتذال فيخرج التراب ونحوه كالدم والميتة التي ماتت حتف انفها والحر والبيع به وكذا بيع ام الولد والمكاتب والمدبر البيع في كل هؤلاء باطل موقوف ينقلب جائزا بالرضا في المكاتب وبالقضاء في الآخرين لقيام المالية ولذلك فصله بقوله وكذا وبيع مال غير متقوم التقوم على ما ذكر في التلويح ضربان عرفي وهو بالاحراز فغير المحرز كالصيد والحشيش ليس بمتقوم وشرعي وهو باباحة الانتفاع به وهو المراد ههنا منفيا كالخمر والخنزير بالدين انما قال دون الثمن لان الدين اعم منه والمعتبر المقابلة به دون الثمن على ما افصح عنه صاحب الهداية حيث قال واما بيع الخمر والخنزير فان كان قوبل بالدين

كالدراهم

كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين معين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير وبيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة وان سمى ثمن كل هذا عنده وقالا يجوز البيع في القن والذكية عند تسمية الثمن على التفصيل ومبنى الخلاف على ان الصفقة لا تتعدد بمجرد تفصيل الثمن بل لا بد من تكرار لفظ العقد عنده خلافا لهما وصح في قن ضم الى مدبر او قن غيره بحصته لان المدبر محل البيع عند بعض فيدخل في العقد ثم يخرج فيكون البيع بالحصة في البقاء دون الابتداء وفائدة ذلك تصحيح كلام العاقل مع رعاية حق المدبر كملك ضم الى وقف في الصحيح وفسد بيع عين عرضا كان او غيره والعرض هو المتاع القيمي بالخمر وعكسه حتى يملك العين بالقبض ويجب قيمته لكن لا يملك الخمر لبطلان البيع فيه ولم يجز بيع سمك لم يصد عدم الجواز ههنا بمعنى البطلان لعدم الملك وفيما ذكره بقوله او صيد والقي في حظيرة لا يؤخذ منها بلا حيلة بمعنى الفاسد للعجز عن التسليم وصح ان اخذ بلا حيلة الا اذا دخل بنفسه ولم يسد مدخله اما لو سد مدخله فيجوز لان السد منه فعل موجب للملك ولا بيع طير في الهواء هذا نظير بيع السمك في الوجوه المذكورة وبيع حمل والنتاج اي نتاج الحمل وهذا البيع باطل لان المبيع معدوم او مشكوك واللبن في الضرع لانه مشكوك الوجود فلا يكون مالا



وفي القدح ان كان لامرأة. لانه من اجزاء الآدمي والرق
غير نازل فيه فلا يكون ملكا وفيه خلاف الشافعي مطلقا ولابي يوسف
ان كانت امة اعتبارا للجزؤ بالكل. والصوف على ظهر الغنم.
قال في شرح الطحاوي لو باع شيئا ظاهرا متصلا بغيره ان لم يكن
في تمييزه ضرر للبايع ولا لغيره جاز البيع الا الصوف على ظهر الغنم
فانه لا يجوز البيع استحسانا لخبر عبد الله بن عباس رضي الله عنه انه عليه
السلام نهى عن ذلك والقياس ان يجوز. وجذع في سقف
يعني الجذع المعين لان غير المعين بيعه لا يقع صحيحا ذكره الزاهدي
في شرح القدوري. وذراع من ثوب اطلقه كما في الهداية
ولم يقيده بما يضره التبعيض لان الحاجة اليه في الكرباس وما
الثوب فلا يضره بتبعيضه عن ضرر ذكر قطعه ولا. فان البيع فيهما
فاسد. ويعود صحيحا ان قلع الجذع. او قطع الذراع. قبل فسخ
المشتري لزوال المفسد قبل تقرره وضربة القانص وهي ما يحصل
من الصيد بضرب الشبكة مرة عدم الجواز ههنا بمعنى البطلان
والمزابنة وهي بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا. اي
يكون التمر على النخيل مثلا بطريق الخرص بكيل التمر المجذوذ وفساد
البيع في هذه الصورة لاحتمال شبهة الربوا. والملامسة والقاء
الحجر والمنابذة وهي ان يتساوما سلعة لزم البيع ان لمسها المشتري
او وضع عليها حصاة او نبذها البايع اليه وفساد البيع في

في هذه الصور لوجود القمار. ولا المرعى اي الكلأ. ولا اجارته
اما بطلان بيعه فلعدم الملك واما بطلان اجارته فلانها
استهلاك عين ولا النحل لانه ليس بمال لعدم الانتفاع بعينه
وقال محمد والشافعي يجوز اذا كان محرزا الا مع الكوارة.
يعني اذا كان فيها عسل لان صحة بيعه مشروطة به والكوارة
بالضم والتشديد معسل النحل اذا سوي من الطين ودود القز
وبيضه بيعهما باطل عنده وعند ابي يوسف يجوز ان ظهر القز
وعند محمد يجوز مطلقا. والآبق. للعجز عن تسليمه وفي انعقاد
وبيع الآبق روايتان ومختار صاحب الهداية عدم الانعقاد
وهو ظاهر الرواية وبه يفتي ابو عبد الله البلخي وجماعة من المشايخ
الا من هو عنده. فيجوز لعدم المانع. وشعر الخنزير. لانه نجس
العين فيبطل بيعه. وان حل الانتفاع به للخرز ضرورة. ولا شعر
الآدمي ولا الانتفاع به. كرامة له. ولا جلد الميتة قبل دبغه لانه
ليس بمال وانما يحصل المالية بصنع مكتسبه. وان صح بيعه و
الانتفاع به بعده. كعظمها وعصبها وصوفها وشعرها ووبرها
الشعر للانسان وغيره والصوف للغنم والوبر للابل. وقرنها.
انما صح بيع هذه الاشياء والانتفاع بها لان الموت لم يحل فيها
والفيل كالسبع حتى يجوز بيع عظمه والانتفاع به خلافا لمحمد فانه
كالخنزير عنده. ولا بيع علو بعد سقوطه. اذ بعد السقوط لم يبق

الا حق التعلي وهو ليس بمال وبيع المسيل وهبته وصحا اي البيع
والهبة في الطريق قيل ان اريد رقبة المسيل والطريق فمقدار
ما يشغله الماء مجهول فلا يجوز فيه البيع والهبة واما الطريق فمعلوم
وان لم يبين فمقدر بعرض باب الدار فيجوز فيه البيع والهبة
وان اريد حق التسييل فان كان على الارض فمجهول كما مر وان
كان على السطح فهو حق التعلي متعلق بعين لا تبقى وحق المرور فيه
روايتان وجه البطلان انه ليس بمال ووجه الصحة الاحتياج اليه
وهو حق معلوم متعلق بعين باق وبيع خنثى على انه امة وهو عبد
بخلاف ما اذا باع كبشا وهو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير ومبنى
الفرق على ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت
الفاحش في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت
فيها وان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد
بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه
وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف وشراء ما باع باقل
مما باع قبل نقد ثمنه الاول لان الثمن لم يدخل في ضمان البائع قبل
قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج عليها من ملكه وصار
بعض الثمن قصاصا ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك
ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا اشتراه باكثر من الثمن
الاول لان الربح حصل فيه للمشتري بعد ما دخل المبيع في ضمانه وعند الشافعي

يجوز الاول ايضا وشراء ما باع مع شيء لم يبعه بثمنه الاول قبل نقد
فيما باع لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة الذي لم يشتره منه فيكون
مشتريا للآخر باقل مما باع وصح فيما لم يبع اذ لا مفسد فيه ولا يشيع
الفساد لانه ضعيف لمكان الاجتهاد فيه وامر المسلم عطف
على الضمير المتصل في قوله وصح وصح هذا العطف لوجود الفصل
ببيع خمر او خنزير وشرائهما ذميا وامر المحرم غيره ببيع صيده هذا
عنده وقالا لا يجوز لان الموكل لا يليه فلا يولي غيره وله ان العاقد
يتصرف باهليته وانتقال الحكم الى الآمر حكمي والبيع بشرط يقتضيه العقد
او لا يقتضيه ولكن يلائمه كالكفيل والرهن بالثمن او لا يلائمه
ولكن ورد الشرع بجوازه كالاجل والخيار فانه لا يفسد العقد لانه
لما ورد الشرع به دل على انه باب المصلحة في البيع هذا التفصيل
على وفق ما في الذخيرة او لا يقتضيه ولا يلائمه ولم يرد به الشرع
ولكن لا نفع فيه لاحد يستحقه سواء لم يكن نفع لاحد اصلا
كشرط ان لا يبيع الدار المبيعة او يكون نفع لكن لا يستحقه كشرط
ان يركب الدابة المبيعة لم يقل ان لا يبيع لان عدم البيع ليس
بنفع في حقها بخلاف عدم الركوب او فيه نفع لاحدهما الا انه
متعارف كما اذا اشترى على ان يحذوه البائع نعلا او يشركه
اي يجعل للنعل شراكا فانه جائز استحسانا للتعامل وكان مقتضى
القياس ان لا يصح بخلاف شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد

هذا باطلاقه يعم الاجنبي وفيه اختلاف المشايخ اي في الشرط الذي فيه نفع للاجنبي قيل انه يفسد وقيل لا منه
لا بد منه وقد اهمله اصحاب المتون والشروح منه

العاقدين او المبيع يستحقه اى يستحق النفع بان يكون ادميا
وفصل ههنا واجمل فيما سبق حيث اقتصر على قوله لاحد احترازا
في كل من الموضعين عن محل الخلاف فظهر فساد ما قيل فظهر ان قوله ولا نفع
فيه لاحد اراد به لاحد من العاقدين والمبيع المستحق للنفع كشرط
ان يقطعه البايع ويخيطه قباء مثال لما فيه نفع للمشترى او يستخدمه
شهرا مثال لما فيه نفع للبايع او يعتقه او يدبره او يكاتبه مثال
لما فيه نفع للمبيع المستحق له فلا يجوز تفريع على قوله بخلاف شرط لا يقتضيه
بيع زيت على ان يوزن بظرفه او يطرح عنه بظرف كذا رطلا لان
مقتضى العقد ان يطرح بازاء الظرف مقدار وزنه كما في الامثلة
التي ذكرها بقوله بخلاف شرط طرح وزن الظرف عنه وان اختلفا
في نفس الظرف وقدره بان اشترى زيتا في زق ورد الظرف
وهو عشرة ارطال وقال البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال
فالقول للمشترى مع يمينه وبيع امة الا حملها لانه من توابعها فيدخل
في المبيع تبعا له واستثناؤه من العقد شرط لا يقتضيه العقد بل
ينافي مقتضاه وفيه نفع للبايع فيكون مفسدا والى النيروز
اذا لم يتبينا نيروز المجوسى او نيروز السلطان فالعقد فاسد
من الذخيرة والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يعرف
احد مما ذلك وقدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف
وهو على ما ذكر في المغرب قطع العنب خاصة والجزاز هو على ما ذكر في

الصحاح قطع الزرع والنخل والصوف والشعر وتكفل اليها اى
الى هذه الاوقات لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وتصح
اى يصير البيع صحيحا خلافا لزفر والشافعى ان سقط الاجل في
الصورة المذكورة قبل حلوله وفسخ العقد بسبب الفساد والافتراق
قال في شرح الطحاوى لو تفرق قبل الاسقاط تأكد الفساد ولا ينقلب
الى الجواز وان قبض المشترى المبيع بيعا فاسدا شرع في احكام البيع
الفاسد واما البيع الباطل فلا يفيد حكما فان هلك المبيع بيعا باطلا
في يد المشترى قبل يهلك امانة وقيل يضمن بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء
باذن بايعه انما ذكر الاذن دون الرضا اذ لا عبرة برضاه
في البيع الفاسد على ما ستقف عليه في كتاب الاكراه صريحا او دلالة
كما قبض في مجلس عقده ولم ينهه ذكره محمد في الزيادات انما شرط القبض
لانه لا يفيد الملك قبله وقيد البيع بالفاسد لان الباطل لا يفيد
الملك اصلا ولم يذكر شرط المالية في العوضين لعدم الحاجة اليه
لان فساد البيع لا يوجد بدون الشرط المذكور لا يقال
انه يوجد بدونه فيما اذا باع وسكت عن ذكر الثمن لان احد
العوضين حينئذ القيمة وهما مذكورة حكما صرح به في الذخيرة
على ان الشرط وجود المالية في العوضين لا ذكرهما ملكه ولزمه
يعنى بعد ما تعذر الفسخ بهلاك المبيع او بخروجه عن ملك المشترى
مثله حقيقة ان كان المبيع من ذوات الامثال او معنى وهو القيمة

ان كان من ذوات القيم ولكل منهما فسخه ما دام في ملك المشتري قبل
القبض مطلقا اي كيف ما كان الفساد وكذا بعده اذا كان
الفساد في صلب العقد اي في احد العوضين كبيع درهم بدرهمين
وان كان بشرط زائد كشرط ان يهدي له هدية فلمن له الشرط
يعني حق الفسخ لا يكون الا لمن له الشرط خاصة دون من عليه ذكر
في شرح الطحاوي ان ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه لان
الفساد لكونه محتملا للحذف والاسقاط لا يكون قويا فيظهر في حق
صاحب الشرط ويؤثر في سلب اللزوم في حقه لا في حق صاحبه
ولا يملك خلافا له وبه اخذ صاحب الهداية الا انه لم يصحح تعليله
حيث قال لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط لان ذلك
على تقدير عدم التزام الآخر للشرط والحكم عام وذكر الكرخي الخلاف
فقال في قولهما يملك كل واحد الفسخ وفي قول محمد حق الفسخ لمن له
الشرط خاصة ويوافقه ما في الذخيرة والتجريد والايضاح وبه
اخذ صاحب الكافي بقي ههنا احتمال آخر وهو ان يكون الفساد
بشرط زائد ومن له الشرط غير العاقدين ولا ينتظم تصويره فافهم فان
المسئلة في فتاواه فان باعه المشتري او وهبه وسلم او اعتقه
صح وعليه قيمته او مثله نص عليه في شرح الطحاوي وسقط حق الفسخ
لتعلق حق العبد بالبيع الثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد
مقدم لحاجته ولا يأخذه البائع اي لا يأخذ المبيع بعد الفسخ

حتى يرد ثمنه لانه محبوس بالثمن بعد الفسخ فان مات هو اي البائع
بعد ما فسخ البيع فالمشتري احق به حتى يأخذ ثمنه ولا يكون
اسوة لغرماء البائع وطاب للبائع ربح ثمنه بعد التقابض
لا للمشتري ربح مبيعه فيتصدق به والاصل فيه ان المال نوعان
نوع لا يتعين في العقود كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كالعروض
والخبث ايضا نوعان احدهما باعتبار عدم الملك والثاني
لفساد الملك فالخبث باعتبار الملك كما في المغصوب يوجب
حقيقة الخبث فيما يتعين وشبهة الخبث فيما لا يتعين عند ابي حنيفة
ومحمد لان ما لا يتعين بالتعيين لا يتعلق العقد به بل يتعلق
بما في الذمة وانما هو وسيلة من وجه فيوجب شبهة الخبث
والشبهة معتبرة فلا جرم انعدم الطيب لعدم الملك في النوعين
جميعا والخبث لفساد الملك يورث الشبهة فيما يتعين لان
الخبث لفساد الملك ادنى من الخبث لعدم الملك ويورث
شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة
فلهذا يتصدق الذي اخذ المبيع بالربح ولم يتصدق الذي
اخذ الثمن به كما طاب ربح مال ادعاه فقضى اي قضي على المدعى عليه
ذلك المال ثم ظهر عدمه اي عدم وجوب المال بالتصادق
لان المال المقضي بدل الدين وهو حق المدعي والمدعي باع
دينه بمال اخذه فاذا تصادق على عدم الدين صار كأنه استحق

ملك البايع ويدل المشتري مملوك ملكاً فاسداً فيكون البيع
في حق البدل بيعاً فاسداً فلا يؤثر الخبث فيما لا يتعين بالتعيين
ولو بنى في دار شراها شراءً فاسداً لزمه قيمتها هذا عنده وعند هما
ينقض البناء وشك ابو يوسف في حفظ الرواية عن
ابي حنيفة فيها اي في المسئلة المذكورة وقد نص محمد على الاختلاف
في كتاب الشفعة وكره النجش بفتحتين ويروى بالسكون
وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره الا اذا
زاد الى تمام قيمته فانه محمود غير مذموم ذكره في شرح الطحاوي
والسوم على سوم غيره اذا رضيا بثمن واما قبل ذلك فلا بأس
لغيره ان يشتريه بأزيد لان هذا بيع من يزيد وفي القيد المذكور
دلالة على عدم الكراهة في بيع من يزيد وتلقي الجلب المضر باهل المصر
الجلب بمعنى المجلوب فانه اذا قرب من البلد يكره استقباله وشراؤه
ثمة لانه عليه السلام نهى ان يتلقى السلع حتى يدخل الاسواق رواه
الطحاوي في شرح الآثار وبيع الحاضر للبادي الاصل فيه ما حدث
البخاري في صحيحه باسناده الى عبد الله بن طاوس عن ابيه
عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس رضي الله عنه
ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمساراً وقال عليه السلام في
حديث آخر رواه صاحب السنن وذروا الناس يرزق الله بعضهم

من بعض

من بعض طمعاً في الثمن الغالي زمان القحط صورته ان يترك
الحاضر بسلعة البدوي بان يقول البلدي للبدوي دع
سلعتك لابيعها لك بثمن غال ويحبسه عنده الى ان يغالي
في ثمنه فيفوت الرزق والربح على الناس والبيع عند اذان
الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع وفيه نظر ظاهر وقد ذكر
الاذان المعتبر في كتاب الصلوة وتفريق صغير عن ذي رحم
محرم هذا عندهما وعن ابي يوسف انه يفسد البيع في قرابة
الولاد ويجوز في غيره وعنه انه يفسد في جميع بلا حق مستحق
فلو كان بحق مستحق كدفع احدهما بالجناية والرد بالعيب
لا يكره **باب الاقالة** هي فسخ في حق العاقدين بيع في حق
غيرهما فائدة كونها بيعاً في حق غيرهما وجوب الشفعة والاستبراء
فان الشفعة حق الشفيع والاستبراء حق الله تعالى وكل
منهما غير العاقدين وان لم يمكن جعلها فسخاً في حقهما تبطل
وعند ابي يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعاً فتجعل فسخاً
الا اذا تعذر جعلها فسخاً فتبطل وعند محمد هي فسخ الا اذا تعذر
جعلها فسخاً فتجعل بيعاً الا ان لا يمكن فتبطل شرط محمد في جعلها
بيعاً تعذر جعلها فسخاً لا عدم امكان جعلها فسخاً والتعذر دون
عدم الامكان فلا اشكال في جعلها بيعاً عنده وفسخاً عند ابي حنيفة
بما اذا تقايلا على اكثر من الثمن الاول فتأمل فبطلت بعد ولادة

بعد القبض لعدم امكان الفسخ حينئذ وقالا لا تبطل لامكان جعلها
بيعا انما قال بعد القبض لانها اذا كانت قبله تصح الاقالة عنده
وصحت بمثل الثمن الاول وان شرط غير جنسه واكثر منه هذا عنده
بناء على انها فسخ والفسخ لا يكون الا على الثمن الاول وذلك
الشرط شرط فاسد والاقالة لا تبطل بالشرط الفاسد فصحت هي
وبطل الشرط وعندهما يكون بيعا بذلك المسمى وكذا في الاقل
اي تصح الاقالة اذا تقايلا على اقل منه ويجب الثمن الا اذا تعيب
فيجب ذلك اي الاقل هذا عنده وكذا عند ابي يوسف يكون
بيعا بالاقل بناء على انها بيع عنده وعند محمد يكون فسخا بالثمن
الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل
واقال كان فسخا فهذا اولى الا اذا تعيب فيكون فسخا بالاقل
ولم يمنعها هلاك الثمن بل المبيع وهلاك بعضه منع بقدره

باب المرابحة والتولية

المرابحة بيع المشترى بشرط ان يكون
بثمنه وفضل اطلقه لان كونه مثليا ليس بشرط في تحقق المرابحة
في الجملة وان كان شرطا في تحققها على وجه الاطلاق على ما سيأتي
ثم انه لم يتعرض لكونه معلوما لما سبق من ان معلومية الثمن
شرط صحة البيع مطلقا فلا حاجة لذكره ههنا والتولية بيعه
بشرط ان يكون بلا فضل ما يضم الى الثمن في عرف التجار لا يعد فضلا
وشرطهما على وجه الاطلاق شراؤه بمثلي وذلك ان الثمن الاول

اذا لم يكن مثليا لا يعرف قدره فلا يتحقق التولية ولا المرابحة فلا يجوز
الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه او به وبزيادة ربح معلوم
فحينئذ يجوز لانتفاء الجهالة وله ضم اجر القصار والصبغ و
الطراز والفتل والحمل الى ثمنه والاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع
او في قيمته يلحق به لكن يقول حينئذ قام على بكذا لا اشتريته بكذا
تحرزا عن الكذب وان ظهر للمشترى خيانة في المرابحة اخذه
بثمنه او رده وفي التولية حط من ثمنه وعند ابي يوسف حط
فيهما الا ان الحط في التولية قدر الخيانة وفي المرابحة قدرها
وقدر حصتها من الربح وعند محمد خير فيهما هذا اذا كان المعقود
عليه محل الفسخ وان لم يكن محل الفسخ بطل خياره ولزمه جميع الثمن
ذكره في شرح الطحاوى وان شرى ثانيا بعد بيع بربح فان
رابح طرح عنه ما ربح وان استغرق الربح الثمن لم يرابح اذا اشترى
بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة
ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين ثم
اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا هذا عنده وعندهما يبيعه
مرابحة في الفصلين لان الاخير عقد متجدد منقطع الاحكام
عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه وله ان شبهة حصول الربح الاول
بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور
على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ورابح من شرى

من مأذونه المحيط دينه برقبته اعتبار منه العبد لتحقق الشرى قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير فان كان العبد لا دين عليه
فالشراء الثاني باطل لان العبد اذا كان لا دين عليه فماله لمولاه
على ما شرى بايعه ناقصا كان الثمن الاول عن الثمن الثاني او زائدا
عليه ويقول قام علي بكذا كمأذون كذلك شرى من سيده لان بيع
المولى من عبده المأذون وشراءه منه اعتبر عدما في حق المرابحة
لشبهته مع المنافي ثم ان ما ذكر اذا لم يبين اما اذا بين انه اشتراه
من مأذونه او اشترى هو من سيده فيجوز مرابحة على ما شرى به
ورب المال على ما شراه مضاربه بالنصف الاول ونصف ما ربح المشتري
ثانيا منه اذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى
ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني
عشر ونصف وان اعورت المبيعة وعند زفر وهو قول الشافعي
ورواية عن ابي يوسف لا بد فيه من بيان قال الفقيه ابو الليث
وقول زفر اجود وبه نأخذ او وطئت ثيبا رابح هكذا في عامة
الكتب والمفهوم من هذا الاطلاق ان لا يقول قام علي بلا بيان
اي لا يجب عليه بيان حدوث العيب بيده ولا بيان تصرفه لانه
لم يحبس عنده شيء يقابله لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن
وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها
الوطء وان فقاء عينها الفقاء اجنبي وهو عور بانخساف العين

البائع او الاجنبي بخلاف ما اذا فقئ عينها بفعل نفسها ذكره في
المبسوط او افتض شيئا لا بد من هذا القيد على ما يفصح عنه
التعليل الآتي ذكره او وطئ بكرا لزمه بيانه لانه حبس بعض
المبيع فلا يملك بيع الباقي بالكل مرابحة اذ الاوصاف اذا صارت
مقصودة بالتناول صار لها حصة من الثمن وهذا لان
ما فات كالسالم له معنى باخذ بدله ان جنى غيره كذا اذ جنى نفسه
لانه لولا الملك لكان مضمونا عليه فصار سقوط الضمان عنده
كالبدل وقرض فار القرض بالفاء وقيل بالقاف او حرق الثوب
المشتري كالاولى وتكسره على وجه يوجب انتقاصه بنشره
وطيه كالثانية ومن شرى بنساء ورابح بلا بيان خير مشتريه
فان اتلفه ثم علم لزمه كل ثمنه وكذا في صورة التولية فان
ولي بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره فسد وان علم في المجلس خير

فصل لم يجز بيع مشترى قبل قبضه لانه عم نهي عن بيع ما لم يقبض
الا في العقار فيه خلاف لمحمد وزفر والشافعي عملا باطلاق الحديث
واعتبارا بالمنقول ولهما ان ركن البيع صدر عن اهله في محله
ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر
المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل
الجواز ومن شرى كيليا كيلا اي بشرط الكيل ممن شراه كذلك هذا
القيد مذكور في الهداية ولا بد منه على ما افصح عنه صاحب

وغيره لم يبعه ولم يأكله حتى يكيله لأن النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام
حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري لأن محله
اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم إن شاء الله تعالى بل لقوله
عليه السلام إذا ابتعت فاكتل وإذا بعت فكل ولأنه يحتمل أن يزيد
على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز
عنه بخلاف ما إذا اشتراه مجازفة لأن الكل له ويكتفي بكيل البائع بعد بيعه
بحضرة المشتري في الصحيح لأن المبيع صار معلوما وتحقق التسليم وقوله
في الصحيح رد لما قيل شرط كيلان كيل البائع بعد بيعه بحضرة المشتري
وكيل المشتري قبل التصرف فيه وكذا ما يوزن أو يعد في شرح
القدوري يجب إعادة العد فيهما في رواية وفي رواية لا يجب
وصحح القدوري هذه الرواية كذا في الذخيرة لا ما يذرع لأن
الزيادة له لأن الذرع وصف في المذروع بخلاف القدر لا يخفى أن
موجب هذا التعليل والذي سبق ذكره أن يستثنى ما يضره التبعيض
من جنس الموزون لأن الوزن فيه وصف على ما مر إلا إذا سمى
لكل ذراع ثمنا فإنه حينئذ يأخذ الذرع حكم القدر على ما مر وصح التصرف
في الثمن قبل قبضه لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ
بالهلاك لعدم تعينه بالتعيين بخلاف المبيع والمراد بالتصرف في الثمن
تمليكه ممن عليه الدين بعوض وبغير عوض حتى لا يجوز له أن يملكه من غير من
عليه الدين والحط عنه ولو بعد هلاك المبيع والمزيد فيه حال قيامه

لا بعد هلاكه وفي المبيع أي صح الزيادة فيه أيضا وأما الحط
عنه فلا يجوز لأن طريق الجواز عندنا الالتحاق بأصل العقد وذلك
يستدعي قيامه وقيامه بتمام المبيع وعند حط بعضه لا يبقى بتمامه
ويتعلق الاستحقاق بالجميع لأن الزيادة والحط يلتحقان بأصل
العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق
بل اعتبار ابتداء الصلة وإنما أطلق الاستحقاق والجميع ليتناول
استحقاق البائع بجميع المزيد والمزيد عليه من المبيع واستحقاق
الشفيع بذلك الجميع واستحقاق المستحق ويرابح ويولي على الكل
إن زيد وعلى ما بقي إن حط ترك التفريع على ما قبله لأنهما فرعان على
أصل واحد وهو أن الزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد ويشفع الشفيع
يأخذ بالأقل في الفصلين أما في الحط فلأنه التحق بأصل العقد
وأما في الزيادة فلأن حقه بالثمن الأول وفي الزيادة إبطال حقه
الثابت فلا يملكانه ولو قال بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن
كذا من الثمن سوى الألف أخذ الألف من زيد والزيادة منه
ولو لم يقل من الثمن فالألف على زيد ولا شيء عليه ذكر صاحب الهداية
هذه المسألة في مسائل منثورة أوردها بعد السلم زاعما أنها
لا ينتظم مع مسائل باب من الأبواب والمص ردها إلى بابها
ونظمها مع ما يناسبها ولقد أصاب وكل دين أجل إلى أجل معلوم صح
إلا القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء ومعا

في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة
اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم
بالدراهم نسيئة وهو ربوا **باب الربوا** هو فضل زاد به ما يعم
فضل النقد على النسيئة لا الفضل المتعارف ولهذا نكره ولا بد
من هذا التعميم ليتناول التعريف نوعي الربوا خال عن عوض شرط
في احد البدلين فلو وجد الفضل في احد البدلين ولم يكن مشروطا
في العقد او كان مشروطا فيه ولم يكن في احد البدلين بان يكون
لغير البايع والمشتري لا يكون ربوا وانما قال في احد البدلين
ولم يقل لاحد العاقدين لان العاقد قد يكون وكيلا وقد يكون
فضوليا والمعتبر كون الفضل للبايع والمشتري وهو نوعان
ربوا الفضل عرفه لان المراد الفضل المعهود وهو ما بحسب القدر
وذلك نقسم الى حقيقة الربوا وهو ظاهر وشبهة الربوا كبيع الحنطة
بالحنطة مجازفة ويشترط فيه ان يكون احد العوضين من جنس الآخر
فقفيز شعير على قفيز بر لا يكون ربوا وان يكون من
جنس المكيل او الموزون ففضل مذروع او معدود على معدود
لا يكون ربوا وان يدخل تحت المساواة بالمعيار الشرعي وهو
الكيل والوزن ففضل حفنتين على حفنة وبيضتين على
بيضة وتمرتين على تمرة لا يكون ربوا وربوا النساء
هذا النوع قد يجامع الصرف الباطل كما اذا باع درهما بدرهم بشرط

الاجل وفارق المشتري وشرطه ان يوجد اتحاد الجنس والقدر
اي الكيل والوزن وعلته الكيل والوزن مع الجنس لم يقل والقدر
مع الجنس لان القدر مشترك بين المكيل والموزون فعلى تقدير
ما ذكر يلزم ان لا يجوز اسلام الموزون في المكيل لان احد العوضين
محرم للنساء وقد نص على جواز اسلام الحنطة في الزيت عندنا
تحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه متفاضلا ولو غير مطعوم كالجص
والحديد الجص كيلي والحديد وزني وفيهما خلاف الشافعي بناء
على ان العلة عنده الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية
شرط والمساواة مخلص والاصل الحرمة وخلاف مالك بناء على
ان العلة عنده الطعم والادخار وحل البيع في الاشياء المذكورة
متماثلا وبلا معيار اي فيما لا يدخل تحت المعيار وهو الكيل والوزن
على ما مر وفيه خلاف الشافعي بناء على ان الاصل عنده الحرمة و
والمساواة مخلص مما لا يدخل في المسوى الشرعي يبقى على الاصل وهو
الحرمة وعندنا الاصل هو الحل والدخول تحت المعيار شرط الحرمة
فما يدخل في الكيل والوزن يثبت فيه الحرمة وما لا يدخل في و
احد منهما يبقى على اصله وهو الحل ولا دخل في ذلك للخلاف في تعيين
العلة وانما جعل الحرمة اصلا لقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام
بالطعام الا سواء بسواء فما لا يكون مساويا كان حراما قيل المعنى
لا تبيعوا الطعام الذي يدخل في المسوى الشرعي الا سواء بسواء

كما اذا قيل لا تقتلوا الحيوان الا بالسكين يكون المراد الحيوان الذي
يمكن قتله بالسكين لا النمل والبرغوث ويرد عليه انه لا تخصيص في
الحديث وفي المثال المذكور العرف مخصص فان الحيوان لا يطلق
في العرف على النمل والبرغوث. فان وجد الوصفان. اي الوزن
والكيل مع الجنس قال في الهداية الجنس والمعنى المضموم اليه ثم نقل
والقدر لما عرفت انه اعم فانه اذا اختلف كيلا ووزنا لا يوجد
القدر. حرم الفضل والنساء. فلا يجوز بيع قفيز بر بقفيزين منه
متساويا واحد منهما نساء انما قلنا متساويا لانه اذا لم يوجد
التساوي يكون الحرمة للفضل فلا يثبت انها للنساء وانما قلنا
واحد منهما لانه اذا كان كلاهما نساء لا يكون الحرمة بربوا النساء
بل لانه بيع الكالي بالكالي وهو منهي بالنص. وان عدما حلا وان
وجد احدهما فقط حل الفضل لا النساء. فيجوز بيع قفيز بر بقفيزي
شعير وبيع خمسة اذرع من الهروي بستة اذرع منه يدا بيد و
لا يجوز بيع قفيز بر بقفيز شعير وبيع خمسة اذرع من الهروي
بخمسة منه نسيئة وعند الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء. والبر
والشعير والتمر والملح كيلي والذهب والفضة وزني ابدا وان تركا
فيهما اي وان ترك الكيل في احد الجنسين المذكورين وهو الاربعة
المتقدمة والوزن في الجنس الآخر وهو الاخيران لقوله عليه السلام
الحنطة بالحنطة الحديث. وحمل في غيرها على العرف فلم يجز بيع البر بالبر

متساويا وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا كما لم يجز مجازفة واعتبر
تعيين الربوي في غير الصرف بلا شرط تقابض. عقد الصرف ما وقع
على جنس الاثمان يعتبر قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة
بالفضة هاء وهاء ومعناه يدا بيد وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه
التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام
وجاز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما. خلافا لمحمد له ان الثمنية
تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا
لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين
ولهما ان الثمنية في حقهما انما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير
عليهما فتبطل باصطلاحهما وان بطلت الثمنية تتعين بالتعيين
فلا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العقد
فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية
خلقة وبخلافها اذا كان بغير اعيانهما لانه بيع الكالي بالكالي
وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده
يحرم. واللحم بالحيوان. لانه بيع الموزون بما ليس بموزون وقال
محمد لا يجوز الا اذا كان اللحم اكثر ليكون الزائد في مقابلة السقط.
والدقيق بجنسه والرطب بالتمر والعنب بالزبيب كيلا. اخره عن
الكل كيلا يتوهم اختصاصه بالبعض وعندهما وهو قول الشافعي
لا يجوز لان نقص الرطب بالجفاف. والبر رطبا ومبلولا بمثله

او باليابس والتمر والزبيب المنقع بالمنقع منهما متساويا وقال
محمد لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل
وهما اعتبراها في الحال عملا باطلاق الحديث المشهور فانه بينا ول
البر والتمر والعنب على اي صفة كان الا ان ابا يوسف ترك
هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر ومحمد فرق بين هذه الفصول وبين
الرطب بالرطب والرطب بالتمر ووجههما يطلب من الهداية ولحم حيوان
بلحم حيوان آخر متفاضلا وكذا اللبن وكذا خل الدقل بخل العنب
وشحم البطن بالالية او باللحم والخبز بالبر والدقيق وان كان
احدهما نسيئة وبه يفتى لان الخبز صار عدديا او وزنيا فخرج
من ان يكون مكيلا من كل وجه وهذا اذا كانا نقدين
وان كان البر والدقيق نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة
يجوز عند ابي يوسف وعليه الفتوى لا بيع الجيد بالردي من الربوا
والبسر بالتمر الا متساويا فلا يجوز بيع الذهب بالذهب ولا الفضة
بالفضة الا متساويا وان اختلفا جودة وصياغة ويجوز
بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة
لتحقق التساوي في الوزن وسقوط اعتبار الجودة والغلة
ما يرده بيت المال ويأخذه التجار والبر بالدقيق او بالسويق
او الدقيق بالسويق متفاضلا ومتساويا والزيتون بالزيت
والسمسم بالخل حتى يعلم ان الزيت والخل اكثر مما في الزيتون والسمسم ليكون

بعض الزيت بالثجير وانما اعتبر العلم لان كونه اكثر في نفس الامر
لا يكفي بل لا بد ان يكون ذلك معلوما خلافا لزفر وصح كر بر
وكر شعير بكري بر وكري شعير وبيع درهمين ودينار بدرهم
ودينارين بجعل كل واحد من الجنسين بخلافه وقال زفر و
الشافعي لا يجوز لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه
قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على سبيل الشيوع لا على
التعيين فالتعيين لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف
ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس
وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله
لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل
وبيع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار كما ذكرنا آنفا واستقراض
الخبز وزنا لا عددا عند ابي يوسف للتفاوت في آحاده
وبه يفتى وعند ابي حنيفة لا يجوز اصلا للتفاوت الفاحش
وعند محمد يجوز بهما بايهما كان للتعامل ولا ربوا بين سيده وعبده
هذا اذا كان مأذونا ولم يكن عليه دين اذ لو لم مأذونا
لا يتحقق اصل البيع وان كان عليه دين يتحقق الربوا بينهما
لان ما في يده ليس ملك المولى عنده وعندهما تعلق به
حق الغرماء فصار كالاجنبي ومسلم وحربي في داره لان
ماله مباح في دار الحرب فباي طريق اخذه مسلم اخذ مالا مباحا

اذا لم يكن فيه غدر خلافاً لابي يوسف والشافعي اعتباراً بالمستامن في دارنا

باب الحقوق والاستحقاق

يدخل البناء والمفتاح والعلو والكنيف وهو المستراح في بيع الدار لا الظلة وهي الساباط الذي احد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار اخرى او على الاسطوانات في السكة سواء كان منفتحا الى الدار او لا ومن وهم انها السدة التي فوق الباب فقد وهم الا بذكر كل حق هو لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها لانها مبنية على هواء الطريق فاخذت حكمها هذا عنده وعندهما ان كان مفتحها في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعها فشابه الكنيف والشجر لا الزرع في بيع الارض ولا الثمر في بيع الشجر الا بشرط وان ذكر الحقوق والمرافق ولا العلو في شراء بيت بكل حق ولا في شراء منزل الا بذكر ما ذكر يعني قوله كل حق الى قوله او منها والحاصل ان العلو يدخل في بيع الدار مطلقا ويدخل في بيع المنزل ان ذكر ما ذكر ولا يدخل في بيع البيت اصلا وهذا لان المنزل بين البيت والدار لانه ياتي فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه ولا الطريق والشرب والمسيل في المبيع الا بذكر ما ذكر ايضا بخلاف الاجارة فانها تدخل فيها بلا ذكر ما ذكر لانها تعقد

للانتفاع ولا يتحقق بدون هذه الاشياء واما المبيع فيمكن ان ينتفع بدونها بان يتجر فيه ويوخذ الولد ان استحقت امة ببينة وان اقر بها لا من اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ان استحقها ببينة ياخذها وولدها لان البينة حجة مطلقة فيظهر بها ملكها من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له وان استحقها باقرار ذي اليد ياخذها ولا ياخذ ولدها لان الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة وما يثبت ضرورة لا يظهر في حق الزوائد المنفصلة فلا يكون الولد له هذا اذا لم يدع المقر له الولد واما اذا ادعى كان له لان الظاهر له ذكره في الهداية شخص قال اشترني فاني عبد فاشترى فبان حرا ظهور حريته يجوز ان يكون بدعوى شخص آخر كما اذا ادعى رجل انه ابنه واقام البينة عليه قال الامام السرخسي في باب الشهادة في الولادة والنسب من المبسوط في هذه الصورة قضي انه ابن له لاثباته دعواه بالحجة وجعل حرا لان في الحكم بثبوت النسب منه حكما بانه مخلوق من مائه وماء الحر حر منه فيكون حرا ما لم يتصل برحم الامة وحين لم يسموا امه في الشهادة لم يظهر اتصاله برحم الامة فبقي على الحرية انتهى وبما قررناه تبين انه لا اشكال في وضع المسئلة وما قالوا ان الشهادة على حرية الاصل تتضمن تحريم الزوج لان الشهود لا بد لهم من تعيين الام ليس كذلك ضمن ان لم يدر مكان بائعه وعن ابي يوسف انه لا يرجع

لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار
كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك ووجه ظاهر الرواية ان
المشتري صار مغرورا من جهته والغرور في المعاوضات
التي تقتضي سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر
الامكان ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير وما قيل وجهه لانه
بالامر بالشراء يصير ضامنا للثمن عند تعذر الرجوع على البايع دفعا للغرر
منظور فيه لان موجبه ان لا يكون لقوله فاني عبد دخل في جواب
المسئلة وما ذكر في الهداية في تعليله صريح في انه اليه ورجع
ذلك الشخص بما ضمن عليه اي على البايع وان علم لا اي ان علم مكان
البايع لا ضمان على الشخص المذكور ولا ضمان في الرهن اي ان
قال ارتهني فاني عبد فارتهنه فبان حرا فلا ضمان عليه اصلا اي
سواء علم مكان الراهن او لا لانه ليس بمعاوضة وانما جعل سببا
للضمان انما هو الغرور في المعاوضات ولا رجوع في دعوى حق مجهول
في دار صولح على شيء معين واستحق بعضها اذ للمدعي ان يقول
دعواي في هذا الباقي وفهم منه اي من جواب المسئلة صحة الصلح عن
المجهول على معلوم لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة وفهم
ايضا ان بطلان الدعوى لا يضر صحة الصلح ولو استحق كلها رد
كل العوض لدخول المدعى في المستحق ورجع بحصته في دعوى كلها
ان استحق شيء منها لوجوب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل

فصل في البيع الفضولي هو في اصطلاح الفقهاء من يتصرف في حق
الغير بلا اذن شرعي لمالك باع غيره ملكه بغير اذنه فسخه سواء بقي
العاقدا ولا بيع الفضولي منعقد عندنا خلافا للشافعي وله اجازته
ان بقي العاقدان والمبيع وكذا الثمن ان كان عرضا معينا
قيده بالتعيين لان الاحتراز عن الدين انما يحصل به فان العرض
قد يكون دينا على ما يستقف عليه وهو اي الثمن ملك للمجيز وهو مالك
وامانة عند بايعه اي بعد الاجازة وله اي للفضولي فسخه قبل
الاجازة دفعا للضرر عن نفسه فان حقوق العقد ترجع اليه
وجاز اعتاق المشتري من الغاصب ان اجيز قال محمد لا يجوز لانه
عتق بدون الملك ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف
مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه فيتوقف الاعتاق
مرتبا عليه وينفذ بنفاذه لا بيعه لان بالاجازة يثبت للبايع
ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله ولو قطع يده ثم
اجيز فارشه مأخوذا كان قبل الاجازة او بعده للمشتري
لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل
على ملكه وتصدق بما زاد على نصف ثمنه لانه لم يدخل في ضمانه
وفيه شبهة عدم الملك ومن اشترى عبدا من غير سيده واقام
بينة على اقرار بايعه او سيده بعدم امره به اي بالبيع مريدا
رده لا تقبل لان البينة في حقوق العباد لا تقبل الا عند صحة

فصل

الدعوى ولا صحة له مهنا للتناقض اذ الاقدام على الشراء اقرار منه
بصحته واقامة البينة على اقرار بايعه او سيده بعدم امره بالبيع
سواء كان ذلك الاقرار قبل البيع او بعده مسبوقة بدعوى عدم
صحته وهي مناقضة لدعوى صحته • ولو اقر بايعه به عند قاض
اي بعدم الامر وطلب مشتريه رده رد بيعه • لان التناقض
لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعد البائع في ذلك فيتحقق
الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري **باب السلم** هو
مبادلة مال مؤجل بمال معجل • فالاول آجل والتعجيل في البدل يعتبر
ان في حقيقته اذ بهما يمتاز عن غيره من انواع البيوع • صح فيما
يعلم قدره وصفته • اي صح السلم اذا كان المسلم فيه وهو المبيع
مما يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره • كالمكيل والموزون الا الثمن
احترز بهذا القيد عن الدراهم والدنانير • والمذروع كالثوب
مضبوطا ذرعه وصفته وصنعته والعددي المتقارب كالجوز
والبيض والفلس واللبن والآجر بملبن معين وصح في السمك
المليح يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة
وانما قيد السمك بالمليح لان في الطري تفصيلا سيأتي بيانه وزنا
وضربا اي نوعا معلومين والطست والقمقمة والخفين الا اذا لم
يعرف اي الصفة • لا فيما لا يعلم قدره وصفته كاللحم والحيوان
لتفاحش التفاوت وجوزا في اللحم اذا وصف موضعا معينا صغيرا

صدر الشريعة

معلومة وجوز الشافعي في الحيوان اذا بين نوعه وسنه وصفته
واطرافه • كالرأس والاكارع • وجلوده عددا والحطب حزما
والرطب جرزا • لانه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف
ذلك بان يبين الحبل الذي يشد به الحطب والرطب ويبين طوله
وضبط ذلك بحيث لا يؤدي الى النزاع جاز • والجوهر والخرز
وبصاع وذراع معين لم يدر قدره وبر قرية وثمر نخلة معينتين
وفيما لا يوجد من حين العقد الى حين المحل فلا يصح في السمك الطري
الا في حينه • اي في وقت يوجد السمك في الماء • وشرطه بيان
جنسه كبر وشعير ونوعه كسقية وبخسية • وهي التي منسوبة
الى البخس وهو الارض التي بخست حظها من الماء • وصفته كجيد و
ردي وقدره معلوما نحو كذا كيلا • لا حاجة مهنا الى ان يقال
لا ينقبض ولا ينبسط لان الكيل في عرفهم لا يطلق الا على ما هو
كذلك او وزنا واجله معلوما • خلافا للشافعي واقله شهر في الاصح
روي ذلك عن محمد وفي رواية الطحاوي عن اصحابنا ثلثة ايام
وقيل اكثر من نصف يوم وعن الكرخي رحمه الله انه ينظر الى مقدار
المسلم فيه والى عرف الناس في مثله والاول اصح وبه يفتى • وقدر
رأس المال • وهو الثمن في الكيلي والوزني والعددي فان العقد
فيها يتعلق بالمقدار فلا بد من بيان مقداره هذا عنده وقالا
يكتفى بالاشارة لانه يصير معلوما بها كما في الثوب وله انه ربما لا

على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال فيجب ان يكون معلوما
بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا معينا لان العقد لا يتعلق
بمقداره فلا يجب بيان قدره واما ما قيل ربما يكون بعض رأس
المال زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعرف قدره لا يدري
كم بقي فيرد عليه ان ههنا شرطا آخر ذكره الزاهدي في شرح مختصر
القدوري نقلا عن المحيط به يندفع هذا الاحتمال وهو ان يكون
رأس المال منتقدا. فلم يجر الكلام في جنسين بل ان رأس مال كل منهما
تفريع على اطلاقه المذكورة. ولا ينعقد بلا بيان حصته كل
منهما من المسلم فيه ومكان ايفاء المسلم فيه لحمله مؤنة ومثله الثمن
والاجرة والقسمة. اذا كان المسلم فيه شيئا لحمله مؤنة يجب بيان
مكان ايفائه عنده وقالا لا يجب بيانه ويتعين مكان العقد
وعلى هذا الخلاف في الثمن والاجرة اذا كان لحملها مؤنة والقسمة
اي اذا اقتسما الدار وجعلا مع نصيب احدهما شيئا لحمله مؤنة.
وما لا مؤنة في حمله. لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه
لا تختلف قيمته كذا في الهداية وفيه نظر. يوفيه حيث شاء هو الصحيح
قال القدوري يوفيه في المكان الذي اسلم فيه وقال صاحب
الهداية هذا رواية جامع الصغير في البيوع وذكر في الاجارات
يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء
ولا وجوب في الحال وفي محيط السرخسي يتعين موضع العقد و

وهو الاصح وهو قولهما لان قيمته تختلف باختلاف الاماكن فان
قيمة الكافور في المصر اكثر من قيمته في السواد لكثرة رغبة اهل
المصر وقلة رغبة اهل السواد وبهذا تبين ان ما ذكره صاحب
الهداية في تعليل الاضحية ليس بصحيح. وقبض رأس المال قبل
الافتراق شرط بقائه على الصحة. فهو ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق
لا عن قبض ولهذا لا يصح السلم مع خيار الشرط لانه يمنع تمام
القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم بخلاف خيار العيب
لانه لا يمنع تمام القبض واما عدم ثبوت خيار الرؤية فيه فلانه
غير مفيد لانه دين في الذمة فكلما رده عليه بخيار الرؤية اعطاه
غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد. فلو اسلم مائة نقدا ومائة دينا على
المسلم اليه في كر بطل في حصة الدين فقط. لانه دين بدين
وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال في المجلس بقدره
ولا يشيع البطلان لا لان القبض قبل الافتراق شرط
البقاء فيكون ضعيفا بل لانه طارئ اذ السلم وقع صحيحا
في الكل والبطلان الطارئ لا يشيع ضعيفا كان سببه او قويا
كما اذا باع عبدين فهلك احدهما قبل القبض بطل العقد فيه
دون الآخر. ولم يجز التصرف في رأس المال والمسلم فيه. بان
يعطي بدل احدهما شيئا آخر. كالشركة. كما اذا قال رب السلم لآخر
اعطني نصف رأس المال ليكون نصف المسلم فيه لك. والتولية قبل

قبضه كما اذا قال اعطني مثل ما اعطيت المسلم اليه حتى يكون المسلم فيه
ولا شراء شيء من المسلم اليه براس المال بعد الاقالة حتى يقبضه
لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي لا تاخذ الا
المسلم فيه حال قيام العقد او راس مالك حال الانفساخ ولو شرى كرا
وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح لانه اجتمع هنا صفقتان السلم
وهذا الشراء كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين للحديث
الذي مر ذكره في باب المرابحة ولو امر مقرضه به صح اي لو استقرض
برا ثم اشترى من آخر برا فامر المقرض بقبض البر منه قضاء لقرضه
صح وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة وكان المقبوض عين حقه
تقديرا كيلا يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة فلم يتحقق الصفقتان
بشرط الكيل وكذا صح لو امر رب السلم بقبضه منه اي بقبض المشتري
من البائع له اي لاجل المسلم اليه ثم لنفسه اي بقبضه لنفسه فاكتاله
لم يقل فقبضه لان في اكتاله معنى زائدا يهم في المقام ويوخذ الكيل
عقيب الكيل يقال كال المعطي فاكتال لاخذه ثم لنفسه اذ يجري
الكيلان ولو كال المسلم اليه في ظرف رب السلم بامره بغيبته او كال
البائع في ظرفه او ظرف بيته بامر المشتري لم يكن قبضا لان في السلم
لم يصح امر رب السلم بالكيل لان حقه في الدين لا في العين فامره لم يصادف
ملكه فالمسلم اليه جعل ملكه في ظرف استعاره من رب السلم وفي البيع لم يصح
امر المشتري لانه استعار الظرف من البائع ولم يقبضه فلا يصير

في يده فكذا ما يقع فيه وانما قال بغيبته لا لانه لو كان حاضرا
ينتقل فعله اليه كما توهم بل لانه لو كان حاضرا او كاله المسلم اليه
بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم كذا
في التبيين بخلاف كيله في ظرف المشتري بامره اي اذا اشترى
برا معينا ودفع المشتري الى البائع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في
الظرف ففعل البائع والمشتري غائب صح لانه ملك العين بالشراء فامره
صادف ملكه فيكون قابضا بجعله في الظرف ويكون البائع وكيلا
في امساك الظرف فيكون الظرف في يد المشتري حكما ولو كان
الدين والعين في ظرف المشتري بان اشترى رجل من آخر كرا
بعقد السلم وكرا معينا بالبيع ثم امر المشتري البائع ان يجعل
الكرين في ظرف المشتري ان بدا بالعين كان قابضا اما في
العين فلصحة الامر واما في الدين فلاتصاله بملك المشتري وان
بدا بالدين لا اي لا يصير قابضا عند ابي حنيفة اما في الدين فلعدم
صحة الامر واما في العين فلانه خلط بملكه قبل التسليم فصار
مستهلكا عنده فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به لكن من جهته
يجوز ان يكون مراده البداية بالعين فلم يتعين برضاه حتى يكون
شريكا له وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه
في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ولو اسلم امة في كر وقبضت
الامة ثم تقايلا ثم ماتت الامة في يده اي يد المسلم اليه بقي التقايل

وتجب قيمتها يوم قبضها على المسلم اليه بردها الى رب السلم ولو مات
ثم تقايلا صح التقايل لان صحته تعتمد بقاء المعقود عليه وهو
المسلم فيه ولذا المقايضة اي هي كالسلم في وجهيه اي في وجهي
التقايل بخلاف الشراء بالثمن فيهما اي في الوجهين المذكورين
للتقايل ولو اختلف عاقدا السلم في شرط الرداءة والاجل فالقول
لمدعيهما اما اذا كان المدعي المسلم اليه فبالاتفاق واما اذا كان
رب السلم فكذا عنده وعندهما القول للآخر وذلك لان من خرج
كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع
الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما
للمنكر وان انكر الصحة والاستصناع باجل ذكر على سبيل الاستمهال
دون الاستعجال فانه لا يصير سلما سلم فيعتبر شرائطه تعاملوا فيه
او لا خلافا لهما في الاول فانه استصناع عندهما وبلا اجل يوم
لا بد من هذا القيد لان التأجيل باجل غير معلوم لا يخرجه الى حد
السلم فيما يتعامل كخف وقمقمة وطست صح بيعا لا عدة الاستصناع
ان يقول للصانع كالخفاف مثلا اصنع لي من مالك خفا من
هذا الجنس بهذه الصفة بكذا فيجبر الصانع على تسليمه تفريع على
كونه بيعا لا عدة وانما قال على تسليمه ولم يقل على عمله لما سيأتي
ان المعقود عليه العين دون العمل ولا يرجع الآمر عنه والمبيع هو العين
لا عمله فان جاء بما صنعه غيره او هو قبل العقد فاخذه صح ولا خيار له

الا باختياره فصح بيع الصانع قبل اختيار الآمر لم يقل قبل رؤية
الآمر لما عرفت ان مدار تعينه له على اختياره وهو يتحقق بقبضه
قبل الرؤية وله اخذه وتركه لما عرفت ان المبيع هو العين فله
خيار الرؤية ولم يصح فيما لا يتعامل كالثوب عطف على قوله صح
بيعا فقيده المذكور مقدما وهو ان يكون بلا اجل معين
معتبر ههنا ايضا **مسائل شتى** صح بيع الكلب خلافا
للشافعي لانه نجس العين عنده لا عندنا لانه ينتفع به وعن
ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور والفهد والسباع
علمت او لا والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير والتي
خنقت او جرحت في غير موضع الذبح وذبائح المجوسي
كالخنزير فالمستثنى غير مختص بها كما يفهم من الهداية وهما
في عقد الذمي كالخل والشاة في عقد المسلم الخمر عند من
ذوات الامثال والخنزير من ذوات القيم ومن زوج
مشريته قبل قبضها صح وان وطئت فقد قبضت لان
وطء الزوج حصل بتسليط من جهة المشتري فصار فعله كفعله
وان لا فلا اذ بمجرد التزويج لا يتحقق القبض والقياس
ان يتحقق لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي ووجه
الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا
ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن شرى قنا او دابة فقال شيخ الاسلام

خواهرزاده انما وضع المسئلة في العبد لا في الدار لان في الدار
لا يتعرض القاضي لذلك ولا يبيعه فان القياس ان لا يجوز
في العبد ايضا الا انه جوز فيه استحسانا يسقط النفقة عن
البائع ولا يحتاج الى النفقة في الدار ومن ههنا تبين ان من
ذكر الشيء بدل القن لم يصب وغاب غيبة معروفة فاقام بائعه
بينة انه باعه منه فان قيل البينة لا تقبل من غير خصم حاضر قلت
هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم في مثل هذا ليس
بشرط لم يبع في دينه اي في ثمن المبيع لانه يمكن وصول البائع
حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان جهل مكانه بيع
اي بيع القن وادي الثمن ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري وان
نقص يتبعه البائع اذا ظفر به ثم ان هذا البيع وان كان قبل
القبض الا انه ليس بمقصود انما المقصود احياء حقه وفي ضمنه
يصح بيعه لان الشيء قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا وان شرى
اثنان وغاب واحد فللحاضر دفع ثمنه وقبضه وحبسه ان حضر
الغائب الى ان يأخذ حصته لانه مضطر اذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه
الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس
شيء والمضطر يرجع عليه واذا كان له ان يرجع عليه كان له ان يحبس
الى ان يستوفي حقه ولو حبس لا يصير غاصبا وعند ابي يوسف
كان متبرعا فيما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره

فلا يرجع عليه وليس له الحبس ويصير غاصبا به فيهلك بالقيمة وان
شرى شيئا بالف مثقال ذهب وفضة يجب من كل نصفه وفي
بالف من الذهب والفضة من الذهب مثاقيل ومن الفضة
دراهم وزن سبعة وزن سبعة قد سبق في كتاب الزكوة
ولو قبض زيفا بدل جيد جاهلا به وانما قال جاهلا به اذ لو كان
عالما بصفته المستوفي عند القبض يسقط حقه بلا خلاف وانفق
او نفق اي هلك انما وضع فيما انفق او نفق اذ لو كانت
قائمة يردها ويسترد الجياد عندهم فهو قضاء وعند ابي يوسف
يرد مثل زيفه ويرجع بجيده لان حق صاحب الدين رعي
من حيث الوصف كما يراعي من حيث القدر ولا قيمة له
اذا قوبل بجنسه فوجب المصير الى ما ذكر وقال ابو حنيفة ان ايجاب
رد الزيف لاخذ الجيد ايجاب له عليه بالنسبة الى شيء واحد
ومثله لم يعهد في الشرع وتكاليف الشرع ليست من هذا القبيل
لانها ليست بالنسبة الى شيء واحد ولمحمد فيه قولان قوله
الاول مع ابي حنيفة وقوله الاخير مع ابي يوسف ذكره
في رهن المبسوط وفي الحقائق نقلا عن العيون ان ما قاله
ابو يوسف حسن وادفع للضرر فاخترناه للفتوى ولو فرخ
او باض طير في ارض رجل او تكسر ظبي فيها اي انكسر رجله
وانما قال تكسر لانه لو كسره احد يكون له لا للاخذ وفي بعض

الروايات تكنّس اي دخل في الكناس وهو مأواه فهو للآخذ
لا لصاحب الارض لان الصيد لمن اخذه هذا اذا لم يكن ارضه
مهيأة لذلك كصيد تعقّل بشبكة نُصبت للجفاف وكدرهم
او سكّر نثر فوقع على ثوب لم يعدّ له ولم يكف ولو اعدّ الثوب
لذلك او كفّ بعد وقوعه عليه فهو لصاحب الثوب بخلاف
ما اذا عسّل النحل في ارضه لانه عدّ من انزاله فيملكه تبعا لارضه

كتاب الصرف

هو مبادلة مال بمال كلاهما من جنس الاثمان
انما ذكر لفظ الجنس ليعم غير المضروب من الذهب والفضة ذكره
خواهرزاده في فوائده ولم يقل من جنس واحد من الاثمان
لان اتحادهما جنسا ليس بشرط والتقابض المراد بالقبض في هذا
العقد القبض بالبراجم لا التخلية قبل الافتراق شرط بقائه صحيحا
قال خواهرزاده في فوائده هذا القبض شرط بقاء العقد على
الصحة لا شرط انعقاده صحيحا يدل عليه قوله فان افترقا بطل
العقد والشيء انما يبطل بعد وجوده ولا يصح التصرف في ثمن الصرف
قبل قبضه فلو شرى به اي بالثمن الغير المقبوض ثوبا فسد اي شراء
الثوب ومن باع امة تعدل الف درهم مع طوق قيمته الف
بالفين ونقد من الثمن الفا او باعها بالفين الف نسيئة والف
نقدا او باع سيفا حليته خمسون ويخلص بلا ضرر بمائة ونقد خمسين
فما نقد ثمن الفضة وهو الالف في بيع الامة والخمسون في بيع السيف

سكتا وقال خذ هذا من ثمنهما اما في الاول فلان امرهما يحمل
على الصلاح واما في الثاني فلان المخصوص بجد الشيئين ينسب اليهما
قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وخروجهما من احدهما
فيحمل عليه لظاهر حاله والا فالظاهر من كلامه ان يكون المعنى خذ
هذا على انه ثمن كل منهما فان افترقا بلا قبض بطل في الحلية فقط
ان تخلص بلا ضرر والا بطل فيهما وان غلب على الدرهم الفضة
وعلى الدينار الذهب فهما فضة وذهب حكما فلا يجوز بيع
الخالصة به ولا بيع بعضه ببعض الا متساويا وزنا على ما عرف
في باب الربوا وان لم يغلب سواء غلب الغش او تساويا
فهما في حكم عرضين فبيعه بالفضة الخالصة على وجوه حلية السيف
اي ان كان الفضة الخالصة اكثر من الفضة التي في الدراهم
وعلى ذلك صح ان لم يفترق بلا قبض والا فلا يصح وبجنسه
متفاضلا صح بشرط القبض وانما يصح صرفا للجنس الى خلاف
الجنس لانه في حكم شيئين فضة وصفر فاذا شرط القبض في الفضة
شرط في الصفر لعدم التمييز والمراد بقاؤه صحيحا لما عرفت ان
القبض شرط له لا لصحة اصل العقد قبل الافتراق وبقاؤه في
المجلس ليس بشرط وان شرى بالدراهم المغشوشة او الفلوس النافقة
صح وان كسدت قبل تسليمها بطل عنده وعندهما لا يبطل ثم انه يجب
قيمتها يوم البيع عند ابي يوسف وآخره يتعامل به الناس

عند محمد فلو استقرض فلوسا فكسدت يجب مثلها عنده و
عند ابي يوسف يجب قيمتها يوم القبض وعند محمد يوم الكساد كما مر
ومن شرى بنصف درهم فلوس او دانق فلوس او قيراط فلوس
القيراط عند الحساب نصف عشر المثقال صح وعليه ما يباع
بنصف درهم او دانق او قيراط منها اي اشترى بنصف
درهم او دانق او قيراط على ان يعطي عوض ذلك الثمن فلوسا
صح وعلى المشتري من الفلوس ما يعطى في مقابلة ذلك الثمن
وعند زفر لا يجوز هذا البيع لان الفلوس عددية وتقديرها
بالدانق ونحوه يبتني على الوزن ولنا ان الثمن هو الفلوس
وهي معلومة ولو قال لمن اعطاه درهما اعطني بنصفه
فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة اي قال اعطني بنصفه فلوسا
وبنصفه ما ضرب من الفضة على وزن نصف درهم الا حبة
فسد البيع للزوم الربوا بخلاف اعطني نصف درهم فلوسا
ونصفا الا حبة لانه ذكر الثمن ولم يقسم على اجزاء الدرهم
فالنصف الا حبة بمثله وما بقي بالفلوس ولو كرر اعطني صح
في الفلوس فقط ولم يصح في الدرهم الا حبة لانه لما كرر لفظ
اعطني صارا بيعين ومن باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه ثم
افترقا صح فيما قبض ثمنه فقط ولا يشيع الفساد لانه طارئ
واشترك في الاناء وللمشتري الرد بعيب الشركة لان التعويض

جاء من قبله حيث افترق عن صاحبه قبل نقد ثمن الكل وان استحق
بعضه اخذ المشتري باقيه بحصته او رده لان الشركة عيب قد جاء
من قبل الشرع لا من قبله وله ولاية الرد ولو استحق بعض قطعة نقرة
بيعت اخذ ما بقي بحصته بلا خيار لان التبعيض لا يضر ما فالشركة
فيها ليست بعيب وصح بيع من عليه عشرة دراهم ثمن هي له اي
من الدائن دينارا بها اي بتلك العشرة مطلقة اي ما لم يضف
العقد الى العشرة التي عليه ان دفع الدينار وتقاصا العشرة
بالعشرة وجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض
والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم
المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة
الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة
الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد والفسخ قد ثبت بطريق
الاقتضاء وزفر خالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء هذا اذا باع
الدينار بعشرة مطلقة واما اذا باعه بالعشرة التي له عليه صح بلا
ويقع المقاصة بنفس العقد

كتاب الكفالة

هي ضم ذمة الى
ذمة في المطالبة سواء كان المطلوب من احدهما هو المطلوب
من الآخر كما في الكفالة بالمال او لا يكون كما في الكفالة بالنفس
فان المطلوب من الاصل فيها هو المال ومن الكفيل النفس ونفس
المطالبة باطلاقه ينتظمها لا في الدين هو الصحيح ذكره في الهداية

وعند البعض هي ضم ذمة الى ذمة في الدين لانه لو لم يثبت الدين
لم يثبت المطالبة والاول هو الصحيح لا لانه لم يعهد في الشرع ان يجب
دينان ولا يستوفى الا احدهما لانه منقوض بمثله صلح الكفيل بجنس اخر
على ما يأتي بل لانه لا ينتظم الكفالة بالنفس والكفالة بالعين والكفالة
بالفعل واما وجوب المطالبة بدين غيره فمعهود كما في الوكيل بالشراء
وهي ضربان بالنفس والمال والاول يصح بكفلت بنفسه وبما يعبر
عن البدن وبجزء شائع وبضمنته وبعلي والي وانا زعيم
او قبيل به ويلزمه احضار المكفول به اذا طلب المكفول له فان
لم يحضره حبسه الحاكم هذا اذا لم يظهر عجزه واما اذا ظهر فلا يحبس الا انه
لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين
اشغاله ذكره في الايضاح وان عين وقت تسليمه لزمه ذلك
ويبرأ بموت من كفل به ولو كان عبدا اراد به دفع توهم ان
العبد مال فاذا تعذر تسليمه لزمه قيمته وبدفعه الى من كفل له حيث
يمكنه مخاصمته وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا بريء فلا يبرأ
ان سلم في برية او في السواد او في السجن وقد حبسه غيره اي غير
هذا الطالب قيل هذا اذا كان السجن سجن قاض اخر وان شرط
تسليمه في مجلس القاضي وسلم في السوق او في مصر اخر برئ وقال
زفر اذا سلمه في السوق سواء كان في ذلك المصر او في مصر اخر
لا يبرأ به وبه يفتى في زماننا لتهاون الناس في اقامة الحق وتسليم

المطلوب نفسه من كفالته اي كفالة الكفيل لانه مطالب بالحضور فكان
ولاية الدفع وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله اليه بشرط ان يقول
كل واحد من هؤلاء سلمته اليك بحكم الكفالة وانما قال اليه لان
رسوله الى غيره كالاجنبي ولو مات المكفول له فللوصي والورثة
مطالبته به اي مطالبة الكفيل بالمكفول به وان كفل بنفسه على انه
ان لم يواف به غدا فهو ضامن لما عليه ولم يسلمه غدا لزمه ما عليه
خلافا للشافعي له ان التعليق سبب وجوب المال بالخطر فلا يجوز
كالبيع ولنا انه تعليق لوجوب المطالبة لا لوجوب المال
على ما مر فلا شبه له بالبيع فيصح كذا في التبيين ولم يبرأ من
كفالته بالنفس لعدم سبب البراءة وان مات المكفول عنه
في الصورة المذكورة ضمن المال لوجود الشرط وهو عدم
الاتيان به ومن ادعى على رجل مالا مقدرا كمائة دينار بينه
او لا اي بين صفته على وجه يصح الدعوى او لم يبين
فكفل بنفسه اخر على انه ان لم يواف غدا فعليه المال
الكفالة وجب المال عند الشرط خلافا لمحمد قيل عدم الجواز
عنده بناء على انه اطلق المال ولم يعلق الى المدعى عليه فعلى
هذا لا فرق بين بيان المدعي المال وعدم بيانه وقيل
بناء على انه لما لم يبين المدعي لم تصح الدعوى فلم يستوجب
احضار المدعى عليه الى مجلس القاضي فلم يصح الكفالة بالنفس

فلا يجوز الكفالة بالمال لابتنائها عليها فعلى هذا ان بين تكون
الكفالة صحيحة ولهما انه يريد بالمال المقدر المعهود فان بين
المدعي فظاهر وان لم يبين فبعد ذلك ان بين يلتحق البيان
باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة بالنفس وترتب عليها
صحة الكفالة بالمال ولا يجبر على اعطاء كفيل في حد وقصاص
هذا عنده وعندهما يجبر في حد القذف والقصاص لان فيه حق العبد
لان الغالب فيه حق العبد والحق التم تاتي حد السرقة بهما
وله ان مبناهما على الدرء فالجبر على اعطاء الكفيل فيهما يفضي
الى فساد الوضع وليس تفسير الجبر عندهما ههنا ان يجبر بالحبس وغيره
من العقوبة ولكن يأمره بالملازمة وان يدور معه حيث دار
ولو سمحت نفسه اي لو اعطاه برضاه كفيلا فيهما صح قال
في البدائع ويجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس
وما دونها وبحد القذف والسرقة اذا بذلها المطلوب بلا خلاف
بين اصحابنا هو الصحيح ولا حبس فيهما حتى يشهد فيه مستوران
او عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت
باحد شرطي الشهادة العدد والعدالة وصح الكفالة والرهن
بالخراج لانه دين يطالب به ممكن الاستيفاء بخلاف الزكوة
لا لانها ليست بدين لما مر في كتاب الزكوة انها من الديون
بل لانها ليست من الديون المطلقة لسقوطها بالموت والكفيل

بالنفس

بالنفس ثم اخر وضمانا الكفيلان اي ليس اخذ الكفيل تركا للاول
والكفالة بالمال تصح ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا الدين الصحيح على
ما فهم من الهداية حيث قال وشرطه ان يكون دينا صحيحا ومراده
ان لا يكون بدل الكتابة وهو ما لا يثبت مع المنافي ولا يكفي
ذلك صحة الدين لتحققه في دين الزكوة مع انه لا يصح الكفالة به
لا يقال ذلك لفقد وصف الاطلاق على ما ذكرنا انفا لا لفقد
وصف الصحة لانا نقول شرط الاطلاق غير خارج عن شرط الصحة
والا لما صح الاكتفاء به فالوجه ما قيل الدين الصحيح ما لا يسقط
الا بالاداء او الابراء والمراد من الابراء ما يعم الحكمي وهو ان يفعل
فعلا يلزمه سقوط الدين فلا يرد النقض بدين المهر لان سقوطه
بمطاوعتها لابن زوجها من قبيل الابراء بالمعنى المذكور
نحو تكفلت بمالك عليه وبما يدرك في هذا البيع هذا يسمى ضمان
الدرك وضمان الاستحقاق لانه يتضمن للمشتري رد الثمن اذا
استحق المبيع ولا يؤخذ ضامن الدرك ان استحق المبيع ما لم يقض
بثمنه على بائعه اذ بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية
ما لم يقض بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب
على الكفيل او علقت بشرط ملائم الملائمة تثبت بكون
الشرط سببا لوجوبه كقوله ان استحق المبيع او بكونه ممكنا
الاستيفاء كقوله ان قدم فلان ولا يلزم ان يكون مكفولا عنه

قال في البدايع لان حدوثه وسيلة الى الاداء في الجملة لجواز ان
يكون مكفولا عنه او مضاربة او بكونه سببا للتعذر كالاستيفاء
منه كقوله ان غاب فهذه جملة الشروط التي تجوز تعليق الكفالة بها
نحو ما بعت فلانا لو قال للناس ما غصبك اهل هذه الدار لم تجز حتى
يسمي انسانا بعينه ولذلك قال فلانا ذكره الزاهدي في شرحه
اما ذابت اي ما وجب لك عليه او ما غصبك فعلي ما شرطية معناه
ان بايعت فلانا فاني ضامن لثمنه لا ما اشتريت منه فاني ضامن
للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز على ما يأتي وان علقت
بمجرد الشرط المراد من مجرد الشرط والشرط المحض ما ليس بمتعارف
فلا كان هبت الريح او جاء المطر يعني لا تصح الكفالة ان علقت
بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر لانه لا يصح التعليق ويصح الكفالة
كما انه لا يصح الاجل ويصح الكفالة اذا جعل الاجل فيها الى هبوب
الريح قال القاضي ابو زيد في الاسرار لا خلاف في الكفالة انها
تبطل بالشروط المحضة لا يقال ان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط
لا تبطل بالشروط الفاسدة لانا نقول نعم لا تبطل بالشروط
الفاسدة لكن تبطل بالشروط الغير المتعارفة وبطلانها في الصور
المذكورة ليس بفساد الشرط المذكور بل لكونه غير متعارف
على ما افصح عنه قاضي خان في شرح الجامع الصغير حيث قال ان الكفالة
بالمال تبرع ابتداء بمنزلة الوصية حتى لا تبطل بالشروط الفاسدة

معاو

معاوضة في المال لان الكفيل يرجع الى الاصيل بما كفل بعد الاداء
اذا كفل بامره فيكون بمنزلة البيع والبيع لا يحتمل التعليق
والوصية تحتمله فقلنا بالشبهين وقلنا بانها تحتمل التعليق
بالشرط المتعارف ولا تحتمل بما ليس بمتعارف كدخول الدار
وان كفل بمالك عليه ضمن قدر ما قامت به بينة وبلا بينة صدق
الكفيل فيما يقر به مع حلفه على نفي الزيادة على العلم لا على البتات
والاصيل في اقراره باكثر منه على نفسه فقط اي لا يتعدى قوله
الى الكفيل لعدم ولايته عليه والاقرار على الغير لا يتعدى الا
اذا كان عن ولاية وللطالب مطالبة من شاء من اصيل وكفيله
ومطالبتهما فان طالب احدهما فله مطالبة الآخر لان المطالبة
بالكفالة لا تتضمن التمليك بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد
الغاصبين لانه يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي فلا يمكنه
التمليك من الآخر وتصح بامر الاصيل وبلا امره ثم ان امر وهو
غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور عليه رجع عليه بما ضمنه حتى لو كان
ما ضمنه جيادا وادى زيوفا يرجع على الاصيل بالجياد وكذا
اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع عليه بجميع الالف
ويرد عليه ان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين ولا صحة له
وقيل في دفعه ان الدين يجعل ثابتا في ذمة الكفيل ضرورة
صحة التمليك وفيه نظر بعد ادائه الى طالبه ولا مطالبة قبله لانه لا يملكه

قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية وان لم يامر لم يرجع
فان لوزم بالمال فله ملازمة اصيله وان حبس فله حبسه لانه لحقه
ما لحقه من جهته فيعامل بمثله وان ابرئ الاصيل او اوفى المال
برئ الكفيل لسقوط الدين وهذا ظاهر على اصل من قال ان
الدين واحد وكذا على اصل من قال انه متعدد لان تعدده
حكمي حتى يسقط باداء واحد وان ابرئ هو لا يبرأ الاصيل
لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونها جائز
وان اخر عن الاصيل تأخر عنه بخلاف عكسه اعتبارا للابراء الموقت
بالمؤبد فان صالح الكفيل الطالب عن الف على مائة برئ الكفيل
والاصيل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصل
فبرئ عن تسعمائة وبرائته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا
عن المائة باداء الكفيل وان صالح عن موجب الكفالة لم يبرأ
الاصيل لان هذا الصلح ابراء الكفيل عن المطالبة فلا يوجب
براءة الاصيل وان قال الطالب للكفيل برئت الي من المال
رجع على اصيله لان البراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها
الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فكانه قال برئت بالاداء
الي فيرجع بالمال على الاصيل ان كانت الكفالة بامره وانما لم يذكر
لانفهامه مما تقدم وكذا في برئت عند ابي يوسف خلافا لمحمد
لان البراءة يكون بالاداء والابراء فيثبت الادنى لا يرجع

الكفيل

الكفيل بالشك ولابي يوسف انه اقر بالبراءة التي ابتداؤها من المطلوب
وهي بالاداء فيرجع وهذا اذا كان الطالب غائبا فان كان حاضرا
يرجع بالبيان اليه لان الاجمال جاء من جهته كذا في شرح الجامع الصغير
وغيره وفي ابرأتك يسقط عنه لا عن الكفيل ذكره في الحقائق انما
لم يقل لا يرجع لاشعاره السقوط عن الاصيل ولا يصح تعليق البراءة
عن الكفالة بالشرط كسائر البراءات ولا الكفالة بما تعذر استيفاؤه
عن الكفيل كالحدود والقصاص واللعان وبالوديعة ومال
المضاربة والشركة والمستعار والمستأجر والمرهون اي بماليته
لكن يصح بتسليمه بعد القبض الى الراهن والمبيع اراد الكفالة
بماليته وذلك لان ماليته غير مضمونة على الاصيل فانه لو هلك
ينفسخ البيع ويجب رد الثمن واما الكفالة بتسليم المبيع قبل القبض
فصحيحة لكن لو هلك لا يجب على الكفيل شيء بخلاف الثمن لانه
دين يمكن استيفاؤه عن الكفيل كسائر الديون وانما فصل
هذه الاربع عما قبلها لانها من نوع آخر قال صاحب التحفة اما
الكفالة بالاعيان فهي انواع ثلثة احدها الكفالة بعين هو
امانة غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة ومتى
لا تقع اصلا والثاني الكفالة بعين هو امانة لكن واجب التسليم
كالعارية والمستأجر في يد المستأجر وكذا العين المضمونة بغيره
كالمبيع قبل القبض مضمون بالثمن وكالرهن مضمون بالدين ونحوه

في الكل واحد وهو انه تصح الكفالة بتسليم العين فمتى هلك
لا يجب على الكفيل قيمة العين والثالث العين المضمون بنفسه كالمغصوب
والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء تصح الكفالة به ويجب
عليه تسليم العين ما دام باقيا واذا هلك يجب عليه تسليم قيمته متى
ثبت الغصب بالبينة او بالاقرار • وبالحمل على دابة مستاجرة
معينة اذ لا قدرة على تسليم دابة الغير بخلاف غير المعينة لانه يمكنه
الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق هكذا قالوا ويرد على التعليل
الاول ان موجبه ان لا يصح الكفالة بتسليم دابة معينة مستاجرة
مع انها صحيحة على ما مر آنفا فالوجه ما في البدائع وهو ان في الاول
الواجب على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم تكن الكفالة
بالحمل كفالة مضمونة على الاصيل فلم يجز وفي الثاني الواجب عليه فعل
الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل مضمون
على الاصيل فجازت • وبخدمة عبد مستاجر لها معين • لما ذكر في
الدابة • وعن ميت مفلس • هذا عنده وقالا يصح لان الدين
كان ثابتا في حيوته فلا يسقط الا بالقضاء او الابراء او انفساخ
سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق واحد منها ولهذا يؤاخذ به
في الآخرة ولو تبرع انسان بقضائه جاز وله انه كفل بدين
ساقط لانه لما مات ولم يترك مالا ولا كفيلا يسقط في حق
احكام الدنيا فلا يصح الكفالة به وانما صح التبرع به بناء على انه باق

في حق صاحبه لان سقوطه عن المديون ضرورة فيتقدر بقدرها
فتظهر في حق من عليه دون من له • وبلا قبول في المجلس • قال في
الحقائق كفل بنفس رجل او بمال عن رجل بغيبة الطالب جاز عنده
وعندهما لا يجوز الا ان يقبل عنه قابل في المجلس فيتوقف على اجازته
انتهى فشرط الصحة مطلق القبول واما قبول الطالب بخصوصه
فانما هو شرط النفاذ • الا اذا كفل عن مورثه في مرضه بامره •
لا بد من هذا القيد على ما افصح عنه صاحب الهداية في تصوير
المسئلة ويرشدك اليه التعليل الآتي ذكره • مع غيبة غرمائه • لان
ذلك في الحقيقة وصية ولهذا تصح وان لم يسم المكفول له • وبمال
الكتابة • لما مر انه ليس بدين صحيح • كفل به او بعبد • ذكره دفعا
لتوهم ان كفالة العبد به ينبغي ان يصح لانه يجوز ثبوت مثل
هذا الدين عليه لانه محل الكتابة • ولا يرجع اصيل بما ادى الى
كفيله وان لم يعط طالبه • اي اذا عجل الاصيل فادى المال الى
الكفيل بامره ليس له ان يسترده وان لم يعط الطالب بعد كما
اذا عجل اداء الزكوة لان الكفالة بامر المكفول عنه انعقدت
سببا لدينين دين الطالب على الكفيل ودين الكفيل على المكفول عنه
مؤجلا الى وقت ادائه فاذا وجد السبب وعجل صح الاداء
وملكه الكفيل فلا يسترد المكفول عنه وهذا بخلاف ما اذا اداه
على وجه الرسالة لانه حينئذ محض امانة في يده • فما ربح الكفيل فيه

اي فيما اذا ادى الاصيل فهو له لا يتصدق به ولا يرده الى فا
ان كان اي ما ربح فيه مما لا يتعين كالدراهم والدنانير لانه حلال
طيب لما ذكرنا انه ملكه والا اي ان مما يتعين بالتعيين كالكر
فرده اليه اي الى قاضيه احب لانه تمكن فيه خبث بسبب ان
للاصيل حق الاسترداد على تقدير ان يقضي الدين بنفسه فيكون
حق الاصيل متعلقا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين بالتعيين
بخلاف ما لا يتعين بالتعيين ولذلك لم يكن الرد احب في المسئلة
السابقة ولا يجب عليه في الحكم هذا عنده في رواية الجامع الصغير و
قالا هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه
انه يتصدق كفيل امره اصيله بان يتعين عليه اي لان العقد
لا متعلق بمقدار فلا يجب بما قدره واما قيل ربما يكون
بعض رأس المال زيوفا ولا استبدال في المجلس فلم يعرف قدره
لا يدري كم بقي فيرد عليه ان هيهنا شرطا آخر ذكره الزاهدي
في شرح مختصر القدوري نقلا عن المحيط به يندفع هذا الاحتمال
وهو ان يكون رأس المال منتقدا فلم يجز الاسلام في جنسين
بلا بيان رأس المال كل منهما تفريع على الخلاف المذكور ولا في نقدين
بلا بيان حصة كل منهما عليه ثوبا اي امر الاصيل الكفيل بان يشتري
ثوبا باكثر من قيمته ليقضي به دينه بطريق العينة مثل ان يستقرض
من تاجر عشرة فيأتي عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة

بخمسة عشر مثلا نسيئة رغبة في نيل الزيادة فيبيعه المستقرض
بعشرة ويتحمل خمسة ويجب عليه للبايع خمسة عشر الى اجل مسمى سمي به
من الاعراض من الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من
الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح النفس ففعل فهو
اي الثوب للكفيل وما ربح بايعه فعليه قيل هذا ضمان لما خسر
المشتري نظرا الى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل
هو توكيل فاسد لان المبيع غير متعين وكذا الثمن لجهالة ما زاد
على الدين وكيفما كان فالشرى للمشتري وهو الكفيل والربح
اي الزيادة عليه لانه العاقد ولو كفل بما ذاب عليه وبما قضي
له عليه وغاب اصيله فاقام مدعيه بينة على كفيله ان له على اصيله
كذا ردت لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة
القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر
وهو بالقضاء او مال يقضي وهذا ماض اريد به المستقبل
والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح وان اقام بينة ان له
على زيد كذا وهذا كفيله بامره ابتداء منه لا تعلق له بما قبله
قضي عليهما ويكون للكفيل حق الرجوع على الاصيل خلافا لزفر
لما انكر كان زعمه ان هذا الحق غير ثابت بل المدعي ظالم فلا يكون
ان يظلم غيره قلنا الشرع كذبه فبطل زعمه وصح الكفالة
امره على الكفيل فقط اي ان اقام البينة انه كفيل بلا امره

تقضي القاضي بالمال على الكفيل فقط ولو ضمن الدرك بطل دعواه
بعده لانه ترغيب للمشتري في الشراء فيكون بمنزلة الاقرار
بملك البائع فلا تصح دعواه بعد ذلك وانما اطلق الدعوى ليعم
دعوى الشفعة ولو شهد اي كتب شهادته وختم لا لان الشهادة
ليس فيها ما يدل على انه اقر للبائع بالملك اذ البيع يوجد من غير
المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة
او لينظر في البيع حتى اذا راى فيه مصلحة اجازه وقوله وختم وقع
اتفاقا باعتبار عادتهم قالوا ان كتب في الصك باع وهو ملكه
بيعا نافذا وهو كتب شهد بذلك بطلت لان شهادته
يكون اقرارا بان البائع قد باع بيعا نافذا فاذا ادعى الملك
لنفسه بعد ذلك يكون مناقضا ولو كتب شهادته على اقرار
العاقدين لا لعدم التناقض ولو ضمن العهدة انما بطل هذا
الضمان لان العهدة قد جاءت لمعان للصك القديم وللعقد
وللحقوق وللدرك وللخيار فلا يثبت احدها بالشك ولا اثر
في تمام هذا التعليل لعدم صحة الكفالة بالعهدة بمعنى الصك
لكونه ملكا للبائع او الخلاص هذا عنده وعندهما هو بمنزلة
الدرك وهو تسليم المبيع او ثمنه فيصح فالخلاف راجع الى التفسير
او المضارب الثمن لرب المال اي باع المضارب وضمن الثوب
لرب المال او الوكيل بالبيع لموكله انما لا يجوز لان الثمن امانة

عند المضارب والوكيل فان الضمان تغير لحكم الشرع ولان حق المطالبة
لهما فيصير ان ضامنين لنفسهما او احد البائعين حصة
صاحبه من ثمن عبد باعاه بصفقة بطل لانه لو صح الضمان
مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه
يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وذا لا يجوز وبصفقتين لا
لانه لا شركة كضمان النوائب وسواء ما يحق ككري النهر واجر
الحارس وما يوظف لتجهيز الجيش وغير ذلك واما بغير حق كالجبايات
في زماننا والكفالة بالاول صحيحة اتفاقا وفي الثانية خلاف
والفتوى على الصحة فانها كالديون الصحيحة حتى لو اخذت
من الاكار فله الرجوع على مالك الارض والقسمة الفرق بينها
وبين النوائب ان القسمة ما يكون راتبا والنوائب ما ليس براتب
كذا قيل وان قال ضمنته الى شهر صدق هو مع حلفه وان
ادعى الطالب انه حال اي اقر انه كفيل بدين عن فلان وادعى
الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الكفالة وكذبه في الاجل
كان القول قول المقر لانه اقر له بثبوت حق بعد شهر دينا
كان او مطالبة والمقر له يدعيه في الحال وهو ينكر فكان القول
قوله بخلاف ما اذا اقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في
الدين وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له
لان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل

قوله بلا بينة **باب كفالة الرجلين** دين على اثنين كفل
كل عن الآخر بامره لم يرجع على شريكه الا بما ادى زائدا على النصف
لان وقوع المؤدي عما عليه اصالة اولى من وقوعه عما عليه كفالة
ولو كفلا بشيء عن رجل بامره ثم كفل كل بعه اي بعد ما كفلا بذلك
الشيء عن الاصيل كفل كل واحد من الكفيلين عن صاحبه بامره
بذلك الشيء رجع عليه اي رجع كل منهما على صاحبه بنصف ما ادى
وان قل لان للكل كفالة ههنا فلا رجحان ثم يرجعان على
الاصيل لانهما اديا عنه دينه بامر احدهما بنفسه والآخر بنائبه
وان شاء رجع على الاصيل بكل ما ادى لانه كفل بكل المال بامره هذا
اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب
ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا تكفل كل واحد منهما بالنصف
ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى في الصحيح حتى
لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا
عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان
الدين ينقسم عليهما نصفين ولا يكون كل واحد منهما كفيلا عن
الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا
ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف وان ابرأ الطالب
احدهما اخذ الآخر بكله لان كلا منهما كفيل بالكل عن الاصيل
ولو فسخت المفاوضة اخذ رب المال ايا شاء من شريكيها بكل دينه

لما عرفت ان شركة المفاوضة تتضمن الكفالة ولا يرجع احدهما
على صاحبه الا بما ادى زائدا على النصف لما مر اجهة الاصالة
راجحة على جهة النيابة كفالة كانت او وكالة فلا يختلف
الحكم بكون المؤدي هو المشتري او صاحبه عبدان كوتبا بعقد
واحد لا بد من وحدة العقد في تمشية وجه الاستحسان
على ما ستقف عليه وكذلك اعتبر في صورة المسئلة واما تعيين الاجل
بان يقال الى سنة مثلا فلا حاجة اليه وكفل كل عن صاحبه
بامره رجع كل على آخر بنصف ما ادى هذا استحسان والقياس
ان لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة
وكل واحد بانفراده باطل فعند الاجتماع اولى فصار كما
اذا كانت كتابتهما بعقدين وجه الاستحسان ان تصرف
الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن تصحيح هذه
الكفالة بان يجعل المال كله على كل واحد منهما في حق المولى وفي
حق نفسه وعتق الآخر معلقا باداءه فيطالب المولى كل
واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فانهما اذى عتق
وعتق الآخر تبعا له كما في ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل
في حق صاحبه لان المال في الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما
فصارت كفالته بما عليه اصالة وكفالة المكاتب بما عليه جائزة
فكان كل واحد منهما اصيلا في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه

بالكل ولا تظهر الكفالة الا في حق صاحبه لانها ضرورة فيتقدر بقدرها
حتى يكون مطالبة المولى كل واحد منهما بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا
ادى احدهما شيئا وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه
لاستوائهما فيرجع به عليه بخلاف اذا كانت كتابتهما بعقدين
لان عتق كل واحد منهما تعلق حينئذ باداء المال على حدة
وهو صحيح في نفسه فلا حاجة الى تصحيح بما ذكرنا من الطريق فلا يوجد
وجه الاستحسان فيبطل الكفالة بحكم القياس فان اعتق السيد
احدهما قبل الاداء صح وله ان ياخذ حصة من لم يعتقه منه
اصالة ومن المعتق ضمانا ورجع المعتق على صاحبه بما ادى عليه
عن نفسه لان غير المعتق اصيل فلا يرجع على احد واذا ادى المعتق
كفيل عنه بامره فيرجع به عليه ومال لا يجب على عبد حتى يعتق حال
على من كفل به مطلقة غير متعرض للحلول والتأجيل لان المال
حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب
لعسرته اذ جميع ما معه ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل
غير معسر ولو ادى رجع عليه بعد عتقه ان كانت بامره ولو مات
عبد مكفول برقبته واقيم بينة انه لمدعيه ادعى رجل رقبة عبد
فكفل بها آخر فمات العبد فاقام المدعي بينة انه له ضمن الكفيل قيمته
اذ على المولى رد رقبته على وجه يخلفها قيمته وقد التزم الكفيل ذلك
وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل وكذا على الكفيل

بخلاف ما اذا ادعى مالا على العبد فكفل آخر برقبته فمات العبد فانه
في تلك الصورة لا شيء على الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول
بنفسه حرا وان كفل السيد عن عبده او هو غير مديون قبله
تصحيحا للكفالة فان كفالة العبد المديون عن مولاه لا تصح
عن سيده فعتق فادى لا يرجع على صاحبه لان الكفالة وقعت
غير موجبة للرجوع لان احدهما لا يستوجب دينا على الآخر وقال
زفر ان كان الكفالة بالامر يرجع كل منهما على صاحبه لان المانع
وهو الرق قد زال قلنا الكفالة وقعت غير موجبة للرجوع
فلا تنقلب موجبة له بعد ذلك

كتاب الحوالة

هي نقل
الدين او المطالبة من ذمة الى ذمة الاول عند ابي يوسف والثاني
عند محمد فيجوز عنده ابراء المحتال المحيل عن الدين لا عند ابي يوسف
كذا في التبيين تصح بالدين لا بالعين برضى المحتال والمحتال عليه
ولا حاجة الى رضى المحيل ذكره في الزيادات وانما اشترطه القدوري
للرجوع عليه فلا اختلاف في الرواية واذا تمت الحوالة بالقبول
برئ المحيل من الدين هذا عند ابي يوسف وعند محمد لا يبرأ
الا من المطالبة لما مر آنفا ولم يرجع عليه اي على المحيل المحتال
بدينه الا اذا توى حقه بموت المحتال عليه مفلسا او حلفه منكرا
حوالة لا بينة عليها هذا عنده وقالا هما وبان فلسه القاضي
بناء على ان تفليس القاضي معتبر عندهما خلافا له وتصح بدراهم

الوديعة وبراءة المحتال عليه وهو المودع عن الحوالة بهلاكها في
والمغصوبة ولا يبرأ المحتال عليه وهو الغاصب عن الحوالة بهلاكها
لان مثلها يخلفها انما قلنا لان مثلها دون قيمتها لان
الدراهم من المثليات وبالدين اي بدين المحيل على المحتال عليه فلا طالب
المحيل المحتال عليه بذلك الدين لانه تعلق به حق الغير مع ان المحتال
اسوة لغرماء المحيل بعد موته وذلك ان الحوالة بالدين وان كانت
موجبة لتعلق حق المحتال بذلك الدين لكنها ادنى مرتبة من الرهن
حتى لا يكون المحتال احق به بعد موت المحيل وفي عبارة مع اشارة
الى ان ذلك التعلق لا ينافي عدم كونه احق به وفي المطلقة له اي
في الحوالة التي لم يقيد بالوديعة او المغصوب او الدين للمحيل
الطلب اي طلب الوديعة والمغصوب والدين من المحتال عليه
ولم تبطل الحوالة باخذ ما عليه اي على المحتال عليه وعنده وهو
الدين والمغصوب والوديعة هذا في المطلقة خاصة على ما افصح عنه
صاحب الهداية ولا يقبل قول المحيل للمحتال عليه عند طلبه اي
طلب المحتال عليه من المحيل مثل ما احال مثلا احال عليه بمائة ثم
طلب المائة احلت بدين لي عليك مقول القول وغرضه
من ذلك القول دفع رجوعه وانما لا يقبل قوله عليه عند انكاره
لان سبب الرجوع عليه متحقق وهو قضاء دينه بامره وقبول الحوالة
لا يكون اقرارا بالدين لانها تصح من غير ان يكون للمحيل على المحتال

عليه

عليه شيء ولا قول المحتال للمحيل عند طلبه ذلك اي طلب المحيل ذلك
المال من المحتال احلتني بدين لي عليك ويؤمر المحتال له برد ما اخذ
الى المحيل لان المحيل ينكر ان عليه شيئا والقول للمنكر ولا يكون الحوالة
اقرارا من المحيل بالدين للمحتال على المحيل لانها تستعمل بالوكالة ايضا
وكره السفتجة بضم السين وفتح التاء معرب سفته قيل معناه
المحكم وفيه نظر وقيل بمعنى المجوف واطلق على القرض المعروف
تشبيها وفيه بعد وهي اقراض لسقوط خطر الطريق صورته
دفع قرضا بخراسان مثلا الى رفيقه القادم في مخافة الخطر في الطريق
لياخذ مثله بخوارزم من يده او يد نائبه وانما كره لان فيه
جر منفعة وهي سقوط خطر الطريق وقد نهى النبي عليه السلام عن
قرض جر منفعة

كتاب القضاء

الاهل للشهادة اهل له
فان كلا منهما من باب الولاية والشهادة اقوى لانها ملزمة
على القاضي والقضاء ملزم على الخصم فلهذا اخذ حكم القضاء يستقى
من حكم الشهادة وشرط اهليتها اي اهلية ادائها شرط
اهليته اي الفاسق اهل له يصح تقليده ويأثم المقلد كما يصح قبول
شهادته ويأثم القابل ولو فسق العدل استحق العزل في ظاهر المذهب
يجب على من قلده ان يعزل وعليه مشايخنا وعند بعضهم
ينعزل وعليه الفتوى والاجتهاد شرط الاولوية لا للصحة ولو
قلد جاهل صح ترك التفريع لان الجاهل ههنا مقابل العالم لا بل

المجتهد برشده لكن بلا خلاف للشافعي ويختار الاقدر والاولى وعند
الشافعي لا يصح تقليد الفاسق والجاهل وما قاله كان احوط في
زمانه وفي زماننا الاحتياط فيما قلنا لان في اشتراط العلم
والعدالة سد باب القضاء ولا يطلب القضاء ولا بأس في الدخول فيه
لم يقل وصح الدخول فيه لان الصحة لا تدل على عدم الكراهة
لمن يثق عدله وكره لمن خاف عجزه او حيفه يكفي احدهما في الكراهة
نص عليه القدوري ومن قلد سأل ديوان قاض قبله وهي الخرائط
التي فيها الصكوك والسجلات والزم محبوسا اقر بحق لان الاقرار
ملزم لا من انكر الا ببينة وان اخبره المعزول لانه بالعزل التحق بالرعايا
وشهادة الفرد لا تقبل والا اي وان لم تقم البينة على المحبوس المنكر
ينادى عليه اياما ان كل من له حق على فلان بن فلان المحبوس
فليحضر مجلس القضاء فان حضر خصم جمع بينه وبينه وان لم يحضر
تأنى عليه اياما بحسب ما يرى ثم يخليه بعد اخذ الكفيل لاحتمال
ان يكون محبوسا لحق الغائب وعمل في الودائع وغلة الوقوف
بالبينة او باقرار ذي اليد لا بقول المعزول الا اذا اقر
ذو اليد انه تسلم منه اي من القاضي المعزول وصدق بلا يمين في انه
عزل وقال لزيد اخذت منك الفا قضيت به لعمرو ودفعت اليه
ولو قال قضيت بقطع يدك في حق وادعى زيد اخذه وقطعه ظلما
واقر بكونهما في قضائه لانه لما اقر بكونهما في زمان قضائه والظاهر

ان القاضي

ان القاضي لا يظلم فالقول للقاضي وكذا اذا لم يقر بكونهما في زمان
قضائه بل قال انما فعلت هذا قبل التقليد او بعد العزل في الصحيح
وهو اختيار فخر الاسلام والصدر الشهيد لانه اسند فعله الى حالة
معهودة منافية للضمان وقال الامام السرخسي القول قول المدعي
لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب اوقاته وللاحتراز
عن محل الخلاف قال واقر بكونهما في قضائه ويجلس للحكم جلوسا
ظاهرا حتى يعلموا انه جلس لقطع الخصومات لا لمصلحة من الاحكام
وغيره في مسجد وعند الشافعي يكره جلوسه في المسجد والجامع اولى
هذا اذا كان الجامع في وسط البلد وان كان في الطرف
يختار مسجدا آخر في وسطه تيسيرا للناس ولو جلس في داره واذن
للناس بالدخول جاز ولا يقبل هدية التنكير للتقليل الا من ذي رحم محرم
او ممن اعتاد مهاداته قدرا عهد اذا لم يكن لهما خصومة ولا يحضر
دعوة الا العامة لا الخاصة وفي ما لو علم المصنف ان القاضي
لا يحضرها لا يتخذها لاجل القضاء ويدخل في هذا الاطلاق قريبه وهو
قول الشيخين خلافا لمحمد فيما ذكره الطحاوي وقول الكل فيما ذكره
الخصاف ويشهد الجنازة ويعود المريض ويسوي بين خصمين
جلوسا واقبالا ولا يسار احدهما ولا يضيفه ولا يشير اليه ولا
يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه ولا يمزح اطلق المزاح ولم يقيد بقوله
معه لانه منهي في مجلس الحكم لذهابه بمهابة القضاء ويكره تلقين

الشاهد بقوله اشهد بكذا وكذا واستحسنه ابو يوسف فيما لا تهمة
وذلك فيما لا يستفيد بتلقينه زيادة علم وحبس الخصم مدة زمانها
في الصحيح اختلف الروايات في تقديرها والصحيح ما ذكره لاختلاف
احوال الاشخاص في ذلك بطلب ولحق ذلك ان امتنع المعوض
الايفاء بعد امر القاضي اذ لم يعرف كونه مماطلا اول الوهلة فلعله
طمع في الامهال فلم يستصحب المال او ثبت الحق بالبينة فانه يحبسه كما ثبت
لظهور المطلوب بانكاره فيما لزمه بعقد كمهر اي المعجل وكفالة
وبدلا عن مال حصل له كثمن مبيع وفي نفقة عرسه وولده لا في دينه
اي لا يحبس في دين الولد وفي غيرهما لا نحو الديات وارش الجنايات
ان ادعى فقره الا اذا اقامت بينة بضده. **كتاب القاضي**
الى القاضي ان شهدوا على خصم حاضر حكم بها وكتب في السجل هو جل
وان شهدوا على غائب لم يحكم وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب
اليه وهو الكتاب الحكمي وكتاب القاضي الى القاضي وهو نقل الشهادة
حقيقة ويقبل فيما لا يسقط بشبهة دل بمفهومه على انه لا يقبل في حد
وقود ولا حاجة الى ان يقال اذا شهد به عنده لما سيأتي ما ينفي
كالدين والعقار والنسب والمغصوب والامانة والمضاربة المجحودة
اعتبر في الاخيرين قيد الجحود لانهما اذا لم يجحدا لا يحتاج الى كتاب القاضي
واذا جحدا صارا مغصوبين وفي المغصوب يجب القيمة وهي دين فيجري
فيه الكتاب الحكمي وانما يقبل فيما ذكر اذ لا احتياج الى الاشارة بل يعرف
بالصفة

بالصفة لا في العين المنقول للحاجة الى الاشارة هذا في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه
وعنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه. وعن محمد قبوله فيما ينقل
مطلقا. وعليه المتأخرون ويجب ان يقرأ على من يشهدهم
او يعلمهم به ويختم عندهم ويسلم اليهم ويدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم
وابو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك. واكتفى بشرط ان يشهدهم
ان هذا كتابه وختمه وفي رواية عنه ان الختم ايضا ليس بشرط
وبه اخذ الامام السرخسي لتيسير الاعلام ان الكتاب يدفع الى الشهود
عندهما وكذا عند ابي يوسف على هذه الرواية فلذلك قال ان الختم
ايضا ليس بشرط. واذا سلم الى المكتوب اليه لم يقبله الا بحضرة خصمه و
بشهادة رجلين او رجل وامرأتين. لم يشترط القدوري ظهور
العدالة للفتح وبه اخذ المصنف في الهداية والصحيح انه يفض الكتاب
بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة
وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم والقدوري ان الفض
نعم لا يمكنه اداء الشهادة الا بعد قيام الختم لكن فتح الكتاب لا ينافي
انما ينافي ما هو عليه والفرق واضح. فاذا شهدوا انه كتاب قاضي
فلان قرأ علينا في محكمته وختمه وسلم الينا فتح القاضي وقرأ
على الخصم والزمه ما فيه ان بقي الكاتب قاضيا فيبطل بموته وعزله
وخروجه من الاهلية قبل وصوله وكذا بموت المكتوب اليه الا

اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين واسقط
ابو يوسف شرط ان يكتب الى قاض معين حين ابتلي بالقضاء
واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر وان مات الخصم ينفذ القاضي
على وارثه وصح قضاء المرأة الا في حد وقود اعتبارا بشهادتها
ولا يستخلف قاض ولا توكل وكيل الا من فوض اليه ذلك
يعني المفوض اليه نائبه لا ينعزل وموته موكله بل هو نائب الاصيل
خص صورة التوكيل بالذكر لان الوكيل ينعزل بموت الموكل
بخلاف نائب القاضي فكانت موضع اشتباه فبينها بان المفوض
ليس بموكل حقيقة بل الموكل من فوض اليه التوكيل وفي غيره اي
غير المفوض ان فعل نائبه عنده واجازه هو انما صح فيهما لانه اذا
فعل بحضوره ينتقل الفعل اليه وكذا اذا فعل بغيبته ووصل الخبر
اليه فاجازه او كان الوكيل الاول قدر الثمن في الوكالة صح اذ قدر
الثمن حصل رأيه وباعمل برأيك توكل يعني اذا اذن الموكل بمثل
ما ذكر من العبارة كان له ان توكل غيره ويمضي حكم قاض آخر
حاكم احترازا عن المحكم لان يحكم فيه غير هذا ولم يقيده بقوله آخر ليعم
حكم نفسه قبل ذلك في مختلف فيه ترك التقييد بقوله في الصدر الاول
مع كونه خلاف الصحيح لا الجامع قوله والاجماع على اصل الشيخين
غير مخالف للكتاب الذي لم يختلف في تأويله السلف مثل القضاء
بحل متروك التسمية عمدا فانه مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر

اسم الله عليه والسنة المشهورة مثل القضاء بحل المطلقة ثلثا
بنكاح الزوج الثاني بلا وطي فانه مخالف لحديث العسيلة وهو مشهور
والاجماع مثل القضاء بحل متعة النساء فان الصحابة رضي الله عنهم قد
اجمعوا على فساده الا اذا كان الاختلاف في نفس القضاء اذا كان
نفس القضاء مختلفا فيه ففيه روايتان في رواية لا ينفذ ذكره
الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف الكائن لا يوجد قبل القضاء
فاذا قضى فحينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من
قضاء آخر يرجح احدهما ومثال ذلك قضاء من ولي بالرشوة
والقضاء بجواز بيع ام الولد واما القضاء على الغائب فلا يصلح
مثالا له لان المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل يكون
حجة من غير خصم حاضر للقضاء ام لا ذكره صاحب الخلاصة في كتاب
المفقود وههنا شرط آخر وهو ان يكون القاضي عالما بان
ما حكم فيه مجتهد فيه ولا يكفي علمه بان المسئلة مجتهد فيها كما اذا
قضى ببيع ام الولد غير عالم بانها ام الولد فانه لا يجوز ولو كان عالما
بان مسئلة ام الولد اجتهادية ذكره في منية المفتي وفيما اجمع عليه
الجمهور لا يعتبر خلاف البعض قال في الهداية وذلك خلاف وليس
باختلاف ذكره قيدا لقوله لا يعتبر لا تعليلا ولذلك لم يقل
لان ذلك خلاف يعني ان عدم اعتبار مخالفة البعض ليس مطلقا
بل مقيد بان يكون خلافا لا اختلافا وذلك ان واحدا منهم

اذا خالفهم ان سوغوا له ذلك يكون اختلافاً كمخالفة ابن عباس رضه
في اشتراط حجب الام من الثلث الى السدس بالجمع من الاخوة
وان لم يسوغوا ذلك يكون خلافاً كمخالفته رضي الله عنه في حرمة
ربوا الفضل هكذا ينبغي ان يحفظ هذا المقام ولا يلتفت
الى ما سبق الى بعض الاوهام ثم قال في الهداية والمعتبر الاختلاف
في الصدر الاول انما لم يقل اختلاف الصحابة لان اهل الصدر الاول
لا يلزم ان يكون صحابياً كما توهم ذكر في التقديم ان المعتبر في الاختلاف
الصحابة ومن كان بينهم لا اختلاف الشافعي ولا اختلاف مالك
لانهما لم يكونا موجودين في زمن الصحابة فلم يكن خلافاً معتبراً وفيه نظر
والقضاء في العقود والفسوخ اراد بالفسخ ابطال العقد باي
وجه كان فيعم الطلاق وانما لم يقل بحرمة او بحل لان الاول ينتظم
القضاء بالحرمة بسبب الرضاع ونحوه والثاني القضاء بالملك
بالاجارة في المباح وليس للقاضي ولاية الانشاء فيهما بخلاف
القضاء في العقود والفسوخ والصواب تعنون المسئلة به
ولو بشاهدي زور ينفذ ظاهراً وباطناً الا ان قضاء القاضي
بشاهدي الزور فيما له ولاية انشائه في الجملة يفيد الحل عنده خلافاً
لهما وهو ان الشافعي وقضاؤه فيما ليس له ولاية انشائه اصلاً لا ينفذ
بالاجماع ووجه الفرق عنده ان قضاء القاضي بما يحتمل الانشاء انشاء له
فينفذ ظاهراً وباطناً كما لو انشاء صريحاً لان القاضي مامور بالقضاء بالحق

ولا يقع

ولا يقع قضاؤه نحو فيما يحتمل الانشاء الا بالحمل على الانشاء لان
البينة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة فيجعل انشاء والعقود
والفسوخ مما يحتمل الانشاء من القاضي فان للقضاة ولاية انشائها
في الجملة بخلاف الملك المرسل لانه ليس الملك مما لا يحتمل الانشاء ولهذا
لو انشأه القاضي وغيره صريحاً لا يصح وكذا ما اذا كانت المرأة
محرمة بالعدة او الردة او الرضاع او المصاهرة كذا في البدايع
فلا اشكال على مذهبه الا انه لابد في المسئلة المذكورة من زيادة
قيد وهو ان لا يكون في المحل مانع عن انشاء العقد فلو قام
بينة زور انه تزوجها وحكم به حل له وطئها ولها التمكين
وشرطه على ما نبهت عليه آنفاً ان يكون المحل قابلاً فاذا كانت
تحت زوج او كانت معتدة لا يقبل الانشاء ولا يشترط الشهود
في النكاح الذي ينشئه القاضي لانه مقتضى في ضمن صحة القضاء
وما ثبت اقتضاء لا تراعى فيه شرائطه والقضاء في مجتهد فيه
بخلاف مذهبه لم يقل بخلاف رأيه لايهامه ان يكون الكلام في المجتهد فيه
خاصة وليس كذلك ناسياً قال ابو الليث في العيون لو ان
قاضياً خوصم اليه في امر من الامور مما فيه اختلاف وهو يذهب في
ذلك الى مذهب ونسي مذهبه وقضى بخلافه فان ابا حنيفة قال ينفذ
هذا الحكم ولا يرجع وقال ابو يوسف يرد ذلك ويقضي بما كان
رأيه في ذلك وذكر القاضي الامام علي السغدي وشمس الائمة السرخسي

في ادب القاضي قول محمد مع قول ابي يوسف او عامة لا ينفذ
عندهما في العمدة وابان عنه وقالا لا ينفذ في الوجهين وبه يفتى
ذكره في الهداية وقيل الفتوى على النفاذ ذكره في الكافي ولا يقضى
على غائب الا بحضرة نائبه حقيقة سواء كان بانابته كالوكيل تركه
المصنف لظهوره او بانابة الشرع كوصي القاضي وحكما بان كان
ما يدعى على الغائب سببا لا محالة ذكر هذا القيد في الحقائق وفائدته
الاحتراز عما يزول بسببية صورته رجل اشترى جارية ثم ادعى ان
مولاها زوجها من فلان الغائب واراد ردها بعيب الزوج
لا يقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب لما يدعي على الحاضر
هذا في غير صورة تبطل تفصيلها من المطولات وان كان شرطا كما
اذا ادعى عبد على مولاه انه علق عتقه بتطليق زيد زوجته
واقام بينة على التطليق بغيبة زيد لا يقضى من المتأخرين
من قال في الشرط ايضا يقضى كما في السبب منهم فخر الاسلام البزدوي
والصحيح انه لا يقضى ولا حاجة الى ان يقال انما لا يقضى على الغائب
في صورة الشرط اذا كان فيه ابطال حقه اما اذا لم يكن كما اذا علق
طلاق امرأته بدخول زيد في الدار يقضى لان عبارتنا على تدل على
ذلك دلالة ظاهرة ويقرض مال اليتيم ويكتب ذكر الحق لان في
الاقراض مصلحة لبقاء المال محفوظا مضمونا والقاضي يقدر على
الاستخراج والكتابة ليحفظه وفي كتاب الوصايا من مجمع الفتاوى

والقاضي

والقاضي انما يملك الاقراض اذا لم يمكنه ان يشتري بها مستغلا
اما اذا امكنه فلا يملك الاقراض بل تتعين الشراء كذا قاله محمد
وكذا اذا وجد من يدفع اليه المال مضاربة انتهى وان اقرض
الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي
في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج وصح تحكيم الخصمين من
صلح قاضيا ولزمهما حكمه بالبينة والنكول والاقرار واخباره
باقرار احد الخصمين وبعدالة شاهد حال ولايته لان اخباره
حينئذ قائم مقام شهادة رجلين بخلاف ما اذا اخبر بالحكم لانقضاء
الولاية والتحاكم بواحد من الرعايا ولكل منهما ان يرجع قبل حكمه
ولا يصح حكم المحكم والمولى لاصله وفرعه وعرسه كما لا يصح الشهادة
لهؤلاء ولا التحكيم في حد وقود الاصل ان حكم المحكم بمنزلة الصلح
فما يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز فلا واستيفاء
الحد والقود لا يجوز بالصلح فلا يجوز بالتحكيم ودية على العاقلة
في دم خطاء لانهم لم يحكموه وان حكم بها على القاتل لا يصح ايضا
لانه مخالف لحكم الشرع الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة
لا تعقله وصح في سائر المجتهدات كالحكم في الكنايات بانها رجوع
وفسخ اليمين المضافة وغير ذلك وذكر المجتهدات ليدل على غيرها
بالطريق الاولى ولا يفتى به دفعا لتجاسر العوام كان القاضي
الامام ابو علي النسفي يقول نكتم هذا الفصل ولا يفتى به كيلا يتطرق

الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا واذا رفع حكمه الى القاضي
ان وافق مذهبه امضاه والا ابطله اى ليس هكم يحكم لكن الحكم المولى
في ان المختلف فيه يصير به مجمعا عليه

مسائل شتى

ليس لصاحب
سفل عليه علو لاحد ان يتد في سفله وينقب كوة بلا رضى الآخر
هذا عنده وعندهما له ذلك ولا لاهل زائغة مستطيلة تنشعب
منها مستطيلة غير نافذة فتح باب في القصوى اى في المنشعبة من
الاولى وفي مستديرة لزق طرفاها اى اتصل طرفاها بالمستطيلة
والمراد بطرفيها نهاية سعتها ولا يلزم ان يكون مثل نصف دائرة
او اقل دل على ذلك تصوير شمس الائمة الحلواني حيث قال في كتاب
الشفعة من محيطه سكة غير نافذة بيعت فيها دار فاهلها شفعاء
لانهم شركاء في حقوق المبيع فان كان فيها عطف فان كان مربعا
فاصحاب العطف اولى بما بيع في عطفهم لانه بسبب التربيع يصير العطف
المربع كالمنفصل عن السكة لان هيئات الدور في العطف المربع
تخالف هيئات الدور في السكة وصار العطف المربع بمنزلة سكة ماخوذة
فصار سكة في سكة ولهذا يمكنهم نصب الدرب في اعلاهم وان كان العطف
مدورا فالكل سواء لان العطف المدور اعوجاج في بعض السكة
وبذلك لا يصير بمنزلة سكتين لان هيئات الدور فيها لا تتغير بسبب
الاعوجاج فكانت سكة واحدة لهم ذلك ومن ادعى هبة في وقت
فسئل بينة فقال جحدنيها فاشتريتها منه او لم يقل ذلك واقام

بينة على الشراء بعد وقتها تقبل وقبله لا لجواب القبول وعدمه في
الصورتين اى اذا قال جحدنيها فاشتريتها منه وما اذا لم يقل ذلك
ثم ان عدم القبول في الصورة الاولى لا للتناقض بين الدعوتين
لانه مشترك بين الوجهين وكما يمكن التوفيق في احدهما بتوسط الجحد
كذلك يمكن التوفيق في الآخر بتوسط الاقالة بل للتناقض بين
الدعوى والشهادة لانه ادعى الشراء بعد الهبة وشهد الشهود
على الشراء قبلها وعبارة الهداية صريحة في ذلك واما عدم القبول
في الصورة الثانية فلان دعوى الهبة اقرار بان الموهوب ملك
الواهب وقت الهبة فلا يقبل دعوى الشراء قبله بخلاف دعوى الشراء
بعده لانه يقرر ملكه وقت الهبة قال في التبيين ولم يذكر لهما
تاريخا او ذكر لاحدهما ينبغي ان يقبل بينته لان التوفيق ممكن
بان يجعل الشراء متأخرا ومن ادعى ان زيدا اشترى جاريته
وانكر وترك المدعي خصومته واقترن تركه بفعل يدل على الرضا
بالفسخ كامساك الجارية ونقلها الى منزله واستخدامها حل له وطيها
لا لانه تعذر للبائع حصول الثمن من المشتري ففات رضاه فيستبد
بفسخه لما مر في كتاب البيع انه عند تعذر استيفاء الثمن يبيعه القاضي
ولو كان بمجرد التعذر يستبد بفسخه لما احتيج الى بيع القاضي بل
لما تقرر في موضعه ان جميع العقود يفسخ بالجحود واذا وافقه صاحبه
بما يدل على الرضا به غير النكاح فانه لا يقبل الفسخ وصدق المقر بقبض

عشرة دراهم لا بد من ذكر جنس الثمن في صورة المسئلة لان تمام العرف
بين الستوقة واختيها موقوف عليه فان خروج الستوقة من جنس
الدراهم لا من جنس العشرة مطلقا ثم ادعى انه زيوف او نبهرجة
الزيوف ما زيفه بيت المال لنوع قصور في جودته الا انه يجري
فيه المعاملة بين التجار والنبهرجة ما يرده التجار لرداءة في فضته
وانما اتى باداة التراخي للدلالة على الفصل بين الاقرار والدعوى
فانه لا بد منه في تمام الجواب في بعض صور المسئلة على ما ستقف عليه
لا من ادعى انها ستوقة لان اسم الدراهم يقع على الزيوف
والنبهرجة دون الستوقة وهي التي وسطها نحاس او رصاص
ووجهها فضة وهي معرب سه توبه ولا من اقر بقبض الجياد
او حقه او الثمن او الاستيفاء لان الاستيفاء عبارة عن قبض الحق
بوصف التمام ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعواه
الزيوف مطلقا سواء كان موصولا او مفصولا وفيما اذا اقر بقبض
الثمن او حقه او استوفى ثم ادعى انها كانت زيوفا ينظر فان كان
مفصولا لا يصدق وان كان موصولا صدق لان قوله جياد
مفسر لا يحتمل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر او نص فيحتمل التأويل
وقوله ليس لي عليك شيء للمقر بالف يبطل اقراره ولي عليك الف بعده
بلا حجة وتصديق من خصم لغو وان قال المدعى عليه عقيب دعوى مال
ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي بينة على الف وهو على القضاء

او الابراء فبينت هذه خلافا لزفر لكان التناقض ولنا ان
التوفيق ممكن لان غير الحق لا في الواقع فقط بل وفي الزعم ايضا
قد يقضى ويبرأ منه وان زاد على انكاره ولا اعرفك ردت
لتعذر التوفيق اذ لا يكون بين اثنين قضاء وابراء بدون
المعرفة قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وذكر القدوري
في هذه المسئلة عن اصحابنا ان بينة القضاء تقبل لان المحتجب
او المخدرة قد يأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك
فامكن التوفيق وقال قاضي خان في شرح الجامع الصغير فعلى هذا لو كان
المدعى عليه يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته لانه لا يمكنه التوفيق
من هذا الوجه وفيه نظر لان مبنى امكان التوفيق على ان يكون
احدهما ممن لا يتولى الاعمال بنفسه لا على ان يكون المدعى عليه
بخصوصه منهم وتصوير القدوري امكان التوفيق لا يدل على
ذلك ثم قال في شرح المذكور ودلت هذه المسئلة على انه اذا امكن
التوفيق بين الكلامين توقف من غير دعوى التوفيق ومن اقام
بينة على شراء واراد الرد بعيب ردت بينة بايعه على برائته
من كل عيب فاقامة البينة لا تكون الا بعد انكار الخصم فلا حاجة الى
ان يقال بعد انكاره بيعه ثم انها من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه هذه ومن ادعى على اخر انه باع جاريته فقال لم ابعها منك قط
فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة

انه بری الیه من کل عیب لم تقبل بینة البایع ولم یذکر فیه خلافا
بین اصحابنا وذکر الخصاف فی آخر ادب القاضی واثبت
فیه الخلاف فقال لا تقبل بینة البایع علی البراءة فی قول ابی حنیفة
وقال ابو یوسف تقبل وجه قول ابی یوسف ان هناک
ایضا یمکن التوفیق لانه یجوز ان یقول لم یکن بیننا بیع ولکنه
لما ادعی البیع سألته ان یبرئنی عن العیب فابرئنی فلما امکن التوفیق
قبلت البینة لعدم التناقض وعلی هذا فالصورة التی ذکرها
المصنف لا تصلح ان تکون موضع خلاف لابی یوسف لان وجهه لا یتمشی
فیها انما تمشی فی الصورة المنقولة عن الجامع الصغیر ومن لم یفرق
بین الصورتین لم یکن علی بصیرة ومنهم من قال فی تعلیل خلافه
لان التوفیق ممکن بان لم یبعها هو وانما باعها وکیله وابراءه عن
العیب فیکون صادقا فحینئذ یصلح الصورة المذکورة ههنا ایضا
ان تکون موضع خلاف واما القیاس علی مسئلة الدین فمما لا وجه له
کما لا یخفی وذکر ان شاء الله فی آخر الصک کتب الاقرار
بالمال وغیره تعریب حکمه یبطل کله عنده وهو قیاس وعندهما
وهو استحسان وجهه ان الاستثناء ینصرف الی ما یلیه لان الصک
للاستیثاق وکذا الاصل فی الکلام الاستبداد وله ان الکل کشیء
واحد بحکم العطف ولو ترک فرجة قالوا لا یلتحق ویصیر کفاصل
السکوت ذمی مات فقالت عرسه اسلمت بعد موته وقال ورثته

لا بل قبله صدقوا وعند زفر القول قولها لان الاسلام حادث
فیضاف الی اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت
فی الحال فیثبت فیما مضی تحکیما للحال وهی تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق
کما فی مسلم مات فقالت عرسه اسلمت قبل موته وقالوا لا بل بعده
لما ذکر ومن قال هذا ابن مودعی المیت لا وارث له غیره دفعها
ای الودیعة الیه ولو اقر بعده ای بعد الاقرار المذکور بابن آخر
لمودعه وجحد الاول فهی له ای للاول لانه لما صح اقراره الاول
انقطع یده عن المال فلا عبرة للاقرار الثانی لکونه علی الغیر فلا تکفل
غریم ولا وارث فی ترکة قسمت بین الغرماء او الورثة بشهود
لم یقولوا لا نعلم له غریما او وارثا آخر انما قال بشهود لانها
اذا قسمت بالاقرار یکفل بالاتفاق وانما قال لم یقولوا لانهم
لو قالوا ذلک لا یکفل بالاتفاق وهو ای التکفیل فی الصورة
المذکورة احتیاط ظلم ای میل عن سواء السبیل وهذا عند ابی حنیفة
وقالا یؤخذ الکفیل نقل عنه انه شیء احتاط به بعض القضاة
وکأنه ینکر کونه عن اجتهاد فلا یکشف قوله انه ظلم عن مذهبه
ان المجتهد یخطئ ویصیب وعقارا اقام زید حجة انه له ولاخیه الغائب
ارثا قضی له بنصفه وترک باقیه مع ذی الید بلا کفیل جحد دعواه
او لا هذا عنده فان ذا الید قد اختاره المیت فلا ینقض یده
عما لیس هو مدعیه حاضرا وقالا ان جحد ذو الید لا یترک الباقی فی یده

لانّ الجاحد خائن فيؤخذ منه فيجعل في يد امين وان لم يجحد ترك
في يده ولا يؤخذ منه كفيل والمنقول مثله اي هو ايضا على الخلاف
وقيل هو يؤخذ منه بالاتفاق وقال الزاهد العتابي ولو
كان عرضا يؤخذ من يده بالاجماع لانه يمكن تغييبه ووصيته
بثلث ماله على كل شيء ومالي وما املك صدقة على مال الزكوة
عند ائمتنا الثلثة وعند زفر يقع على كل شيء قضية اطلاق
اللفظ ونحن اعتبرنا ايجاب العبد بايجاب الله تعالى فان لم يجد الا ذلك
امسك منه قوته فاذا ملك تصدق بما اخذ ولم يقدر
لاختلاف احوال الناس فقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب
الغلة لشهر وصاحب الضيعة لسنة على حسب تفاوت وصول ايديهم
الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله
وصح الايصاء بلا علم الوصي به لا التوكيل اي من اوصى اليه ولم يعلم
بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز
بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل
الاول ايضا ويشترط خبر عدل او مستورين لعزل الوكيل قصدا
لا بد من هذا القيد لان عزله الحكمي بموت الموكل وجنونه المطبق
يثبت قبل العلم به ولعلم السيد بجناية عبده والشفيع بالبيع والبكر
بالنكاح ومسلم لم يهاجر بالشرائع لا لصحة التوكيل من اعلم من الناس
بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر ولا يكون النهي

عن الوكالة

عن الوكالة عزلا حتى يشهد شاهدان او رجل عدل هذا عنده
وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات ويخبر الواحد فيها كفاية
ولانه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها
وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وعلى هذا الخلاف اذا اخبر
المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر ولا يضمن
قاض ولا امينه ان باع عبدا للدين واخذ ثمنه فضاع واستحق
العبد ومات قبل قبضه لان امين القاضي قائم مقام القاضي
والقاضي مقام الامام وواحد منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد
عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق فيرجع المشتري على الدين
لان البيع واقع له فيرجع عليه عند تعذر الرجوع على العاقد
وان كان البائع وصيا بامر القاضي رجع المشتري على الوصي
لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار
كما اذا باعه بنفسه وهو عليه لانه عامل له ولو امرك قاض عالم عدل
بفعل قضى به على هذا من رجم او قطع او ضرب وسعك فعله
وصدق عدل جاهل سئل فاحسن تفسيره ولم يقبل قول غيرهما
هذا ما اختاره الامام ابو منصور الماتريدي حيث قال ان كان
عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والجناية وان كان
عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه والا فلا
وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين

سبب الحكم لتهمة الخطأ او الجناية **كتاب الشهادة والرجوع عنها**
هي الاخبار بالشئ عن مشاهدة وعيان و لا يشكل هذا بالشهادة
بالتسامع لان اعتبارها استحسان وتعريفات الشرع تكون
على وفق القياس وشرط في مفهومها الشرعي ان يكون في مجلس
القضاء بلفظ الشهادة ذكره في التبيين ولا يلزم ان يكون
بحق للغير على آخر كما في الشهادة على الفرقة من قبلها قبل الدخول
ثم ان الاخبارات اربعة لا ثلثة رابعها الانكار ذكره في شرح
الطحاوي وقال كل من ادعى ما في يد نفسه لنفسه فهو منكر ويجب
بطلب المدعي يعني انه موقوف على طلبه فلا يجب الا به لا انه يجب به
البتة ثم ان في عبارة المدعي اشارة الى ان الكلام فيما يتوقف
على الدعوى اعلم ان الدعوى ليس بشرط لا في صحة الشهادة
ولا في وجوبها مطلقا ثم ان كلا من الوجوب والطلب يوجد
بدون الآخر اما الاول ففي الطلاق البائن وعتق الامة ونحو
واما الثاني ففي صور ذكرها في مختارات النوازل بقوله ان كان
في الصك من تقبل شهادتهم يسعه ان تمتنع منها وكذا اذا خاف
على نفسها من جور جائر او غيره او لم يتذكر الشهادة على وجهها
او كان الشهادة على باطل وسترها في الحدود اي في اسبابها
ابر اي افضل الا في السرقة فان فيها يقول اخذ لا سرق يعني ان الستر
افضل في جميع ما يوجب الحد الا في السرقة فان فيها يجب الكشف لكن على

وجه لا يجب الحد ولا يضيع المال فعليه ان يقول اخذ فانه يثبت
المال ولا يجب الحد لا سرق اذ به يجب الحد ويضيع المال لان
القطع والضمان لا يجتمعان ونصابها اي ادناها يكفي لم يقل
وشرطها لما سيأتي ان المرأة ليست بشرط في الولادة واخواتها
للزنا اربعة رجال وللقود وباقي الحدود رجلان وللبكارة
وللاستهلال لم يقل في الولادة لان شهادة امرأة واحدة
على الولادة انما يكفي عندهما خلافا له على ما مر في باب ثبوت النسب
واما شهادتها على الاستهلال فتقبل بالاجماع في حق الصلوة اما
في حق الصلوة لان في حق الارث لا تقبل عنده خلافا لهما وعيوب
النساء فيما لا يطلع عليه الرجال لم يقل الرجل كيلا يفهم ان الشرط
عدم اطلاع الجنس امرأة ويقبل فيها شهادة رجل واحد ايضا
لانه لما قبل فيها شهادة المرأة كان الرجل بالطريق الاولى
ولغيرها مالا كان او غير مال وفي الكافي خلاف الشافعي كنكاح و
رضاع وطلاق ووكالة ووصية رجلان او رجل وامرأتان
وشرط للكل العدالة قال اصحابنا انها شرط القبول للشهادة
وجودا على الاطلاق ووجوبا لا شرط اصل القبول حتى يثبت
القبول بدونه وقال الشافعي انها شرط اصل القبول كذا في البدايع
ولفظ الشهادة اعلم ان كل موضع لا يشترط فيه لفظ الشهادة
كطهارة الماء والموت ورؤية هلال رمضان لكون الواقع فيه

من قبيل الشهادة الشرعية بل من قبيل الاخبار فلا يقبل ان قال اعلم وان
ولا يسأل قاض عن شاهد اي لا يستفسر عن عدالته بلا طعن الخصم فيه
الا في حد وقود وقالا يسأل في الكل سرا وعلنا وبه يفتى في زماننا
ويكفي سرا تحرزا عن الفتنة قال محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة
وكفي للتزكية هو عدل في الاصح قيل لا بد ان يقول هو عدل جائز الشهادة
اذ العبد والمحدود اذا تاب قد يعدل والاصح ان يكتفي بقوله
هو عدل لثبوت الحرية بالدار كذا في الكافي قوله لثبوت الحرية بالدار
يعني ان الاصل فيمن كان في دار الاسلام الحرية فهو بعبارته جواب
عن النقض بالعبد وبدلالته عن النقض بالمحدود ولا يصح تعديل
الخصم بقوله هو عدل سواء زاد عليه اخطأ او نسي او لم يزد ذكره
في الكافي فان قال عدل صدق صح التعديل لم يقل تثبت الحق لانه
امر آخر وراء التعديل قد يترتب عليه وقد يتخلف عنه وكفى واحد
لتزكية السر لا بد من هذا القيد لان العدد شرط في تزكية العلانية
اجماعا ذكره الخصاف وترجمة الشاهد والرسالة الى المزكي والاثنان
احوط هذا عندهما وعند محمد يجب الاثنان ولمن سمع بيعا بمعنى لفظي
الايجاب والقبول او اقرارا او حكم قاض او رأى غصبا او قتلا
ان يشهد به وان لم يشهد عليه يقول فيما اذا لم يشهد عليه اشهد لا اشهد
ولا يشهد على الشهادة ما لم يشهد عليها فلا يشهد عليها من سمع شهادة
شاهد او الاشهاد على الشهادة لانه ما حمله وانما حمل غيره ولا يشهد من

رأى خطه ولم يذكر شهادته قال صاحب المنظومة في مقالة النعمان
لا يعمل الشهود والقضاة بالخط اذ ينسون والرواة وقالا له
ان يقضي ويشهد ويروي اذا علم انه خطه على الحقيقة قال في العيون
يفتى بقولهما من الحقائق وفي التبيين هذا عنده لان الخط يشبه
الخط قال محمد يجوز لكل واحد منهم ان يعمل بالكتابة ان تيقن به
وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال ابو يوسف
يجوز للراوي ان يعمل به لدلالة الظاهر وكذا للقاضي لانه عاجز
من حفظ كل دفتر لكثرة اشغاله وليس للشاهد ان يشهد برؤية
خط ما لم يتذكر الشهادة ولا بالتسامع بلا عيان الا في النسب
وطريق معرفة النسب ان يسمع انه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور
تواطئهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن
فلان تحل له الشهادة على النسب والفقيه ابو بكر الاسكاف كان يفتي بقولهما
وهو اختيار النسفي كذا ذكره القاضي الامام ظهير الدين والموت
روى ابن سماعة عن محمد اذا اخبرك واحد عدل بالموت وسعك
ان تشهد به وفي فصول الاستروشني ذكر الامام ظهير الدين والصحيح
الموت بمنزلة النكاح وغيره لا يكتفى فيه بشهادة الواحد ذكره قاضي خان
وغيره والنكاح والدخول وكذا المهر ذكره الحاكم الشهيد في المنتقى
وولاية القاضي واصل الوقف بان المصرف داخل في اصل الوقف
وانما قال اصل الوقف لان شرطه لا تحل فيه الشهادة بالتسامع

اذا شهد عنده لم يقبل اذا اخبره لان من قال بكفاية السماع من
العدلين يشترط ان يكون الاخبار بلفظ الشهادة كذا ذكره
الخصاف رجلان او رجل وامرأتان من العدول لم يبق عدلان
الظاهر منه تخصيص شرط العدالة بالصنف الاول ولا يخفى فساده
ثم ان قصر الاستثناء على ما ذكر ينفي اعتبار السماع في الولاء الصحيح
وعند ابي يوسف يعتبر فيه ايضا لانه بمنزلة النسب ويشهد رأى
جالس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم انه قاض ورجل وامرأة يسكنان
بيتا وبينهما انبساط الازواج انها عرسه قوله رجل وامرأة
عطف على قوله جالس وقوله انها عرسه عطف على قوله انه قاض
فهذا من باب العطف على معمولي عاملين مختلفين والجر مقدم
فان جالس معمول رأى وان قاض معمول يشهد وشيء سوى
الآدمي انما استثنى الآدمي لان له يدا على نفسه فيدفع الغير
عن نفسه والمراد من يعبر عن نفسه ولم يعرف بالرق ذكره صاحب
الهداية في يد شخص انه له قال قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولا يشترط
انضمام التصرف اليها لان يد التصرف قد يكون بغير ملك ايضا
فيجعل نفس اليد دليلا فان فسر للقاضي شهادته بالسماع او
بحكم اليد بطلت لان اليد مع انها محتملة جعلت حجة للشهادة لمكان
الضرورة فاذا انسبت الشهادة الى اليد والشهادة محتملة ايضا يزداد
الاحتمال فلا تقبل كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان ومن شهد انه

شهد دفن زيدا وصلى عليه قبلت لان معاينة الموت لا تكون
الا من واحد او اثنين لانه علة جواز الشهادة بالسماع على الموت
بل لانه لا يجري في مثل ذلك التلبيس عادة بحضور الدفن ولذا
الصلوة معاينة على ما افصح عنه قوله وهو عيان باب القبول
وعدمه تقبل الشهادة من اهل الاهواء وقال الشافعي
لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد
وما اوقعه فيه الا تدينه به الا الخطابية هم قوم من غلاة
الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل
يرون الشهادة لشيعتهم واجبة والذمي على مثله وان خالفه
ملة وعلى المستأمن على مثله دون العكس خلافا للشافعي
وما لكه في الصورة المذكورة ان كانا من دار وان كانا
من دارين كالترك والروم لا تقبل اتفاقا وعدو بسبب الدين
ومن اجتنب الكبائر قال في الفتاوى الصغرى ذكر الشيخ الامام
خواهر زاده في شرح الشهادات حد الكبيرة ما كان حراما محضا
يسمى فاحشة في الشرع كاللواطة او لم يسم في الشرع فاحشة
لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع اما في الدنيا بالحد
كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق او الوعيد بالنار في الآخرة
كاكل مال اليتيم ولم يصر على الصغائر لان الصغيرة تاخذ حكم
الكبيرة بالاصرار عليها وكذا بالغلبة على ما افصح عنه في الفتاوى

الصغرى حيث قال العدل من يجتنب عن الكبائر كلها حتى لو ارتكب
كبيرة يسقط عدالته وفي الصغائر العبرة للغلبة او الدوام على الصغيرة
لتصير كبيرة ولذلك قال وغلب صوابه واما الاجتناب عن الافعال
الخسيسة الدالة على الدناءة اي عدم المروءة فقد اكتفى عنه بالقيد
الاول بناء على ما ذكر في الخلاصة من ان كل فعل يرفض المروءة والكرم
فهو من الكبائر بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكر لما كان تفسيرا
للعدل لم يكن ذكره في جملة من يقبل شهادته مناسبا اذ حينئذ
حقه ان يذكر على انه شرط قبول الشهادة والاقلف لانه لا اخلال
بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين قال ابو بكر الرازي
لم يرد بالاستخفاف الاستهزاء لان الاستهزاء بشيء من الشرائع
كفر وانما اراد به التواني والتكاسل والخصي وولد الزنا والخنثى
والعمال قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير معناه العمال الذين
كانوا اعوان السلطان في ذلك العصر لان الصلاح كان
غالبا عليهم فاما هؤلاء الذين في زماننا فلا تقبل شهادتهم لان الظلم
غالب فيهم ولاخيه وعمه ومن حرم رضاعا او مصاهرة
لا من اعمى لا تقبل شهادة الاعمى في شيء من الحقوق اذا تحملها وهو
اعمى واداها وهو اعمى بالاجماع فاما اذا تحملها وهو بصير فادى
وهو اعمى ففي المنقول لا تقبل اجماعا وفي الدين والعقار تقبل عنده
خلافا لهما ولو كان بصيرا عند التحمل والاداء غير انه عمي قبل

القضاء

القضاء على الخلاصة من المحيط وفي الذخيرة الخلاف فيما لا تجوز الشهادة
بالشهرة والتسامع اما فيه فلا تقبل شهادة الاعمى بلا خلاف
ومملوك ومحدود في قذف وان تاب وقال الشافعي تقبل
بعدما تاب الا من حد في كفره فاسلم وعدو بسبب الدنيا على من
يعاديه انما قال على من يعاديه لانه تقبل له على عكس ما ذكر ولا
لاصله وفرعه وزوجه وعرسه خلافا للشافعي في الاخيرين
وسيد لقنه ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه انما قال هذا لانه
يقبل للشريك في غير مال الشركة واجيره قيل المراد به التلميذ الخاص
الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وقيل
يراد به الاجير مسانهة او مشاهرة ومخنث مراده المخنث
في الردي من الافعال لانه فاسق واما الذي في كلامه لين وفي
اعضائه تكسر خلقة فهو مقبول الشهادة ونائحة ومغنية و
مدمن الشرب يعني شرب الاشربة المحرمة مطلقا على اللهو
لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان ووجهه ان نفس شرب
الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادات وشرط في شهادات
الاصل الادمان لانه اذا شرب في السر لا يسقط عدالته لان الادمان
امر اخفي وراء الاعلان بل لان شرب الخمر ليس بكبيرة فلا يسقط
العدالة الا بالاصرار عليه وذلك بالادمان قال الفناري وفي الصغرى
ولا يسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص

قاطع الا اذا داوم على ذلك انتهى وقيد اللهو للاحتراز عن الشرب
للتداوي فانه لا يسقط العدالة لان فيه للاجتهاد مساغا
ومن يلعب بالطنبور والطنبور او يغني للناس انما قال للناس
اي يسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه
من غير ان يسمع غيره لا بأس به ولا يسقط عدالته في الصحيح او يرتكب
ما يحد به ينبغي ان يستثنى منه شرب الخمر الا انه اعتمد على ذكره
قبل هذا او يدخل الحمام بلا ازار او يأكل الربوا شرط في المبسوط
الشهرة بذلك في الفتاوى الصغرى للادمان والشهرة او يقامر
بالشطرنج او تفوته الصلوة به او يلعب بالنرد مجرد اللعب
بالشطرنج ليس بفسق لان للاجتهاد فيه مساغا بخلاف النرد قال
في الذخيرة من يلعب النرد فهو مردود الشهادة على كل حال
او يبول على الطريق او يأكل فيه او يظهر سب السلف يعني الصالحين
منهم وهم الصحابة والتابعون والعلماء المجتهدون كابي حنيفة
واصحابه ولو شهدا بان اباهما اوصى الى زيد اي جعله وصيا
في التركة وهو يدعيه صحت الشهادة وانما شرط الدعوى لانه لو انكر
لا تقبل الشهادة كشهادة دائني الميت ومديونيه والموصى لهما
بوصية على الكل اي صح شهادة هؤلاء اذا ادعى زيد انه وصي
وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض دينه وادعى الوكيل
او جحد ردت لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب

فلو ثبت ثبت بشهادتهما ولا يمكن ثبوتها بها لمكان التهمة
بخلاف الايصاء لان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا
والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين
الا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة كالشهادة على جرح
مجرد وهو ما يفسق به الشاهد ولا يوجب حقا للشرع او العبد
مثل هو فاسق او اكل ربوا او انه استأجرهم انما لا تقبل البينة
على الجرح المجرد لانه لا يدخل تحت الحكم والبينة انما تقبل
ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه وهذا لا يختلف
بكونه قبل اقامة البينة على العدالة وكونها بعدها فان قلت
اليس الخبر عن فسق الشهود قبل اقامة البينة على عدالتهم
يمنع القاضي عن قبول شهادتهم والحكم بها قلت نعم لكن
ذلك للطعن في عدالتهم لا للثبوت اي ليسقطهم عن حيز القبول
ولذلك لو عدلوا بعد هذا يقبل شهادتهم ولو كان الشهادة
على فسقهم بعد التعديل مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل
وتقبل على اقرار المدعي بفسقهم لان الاقرار مما يدخل تحت
الحكم وعلى انهم عبيد او محدودون في قذف او قذفوا
فلانا وهو يدعيه او شربوا خمرا ولم يتقادم قال في الكافي
لا تقبل الشهادة على انهم شربة الخمر وتقبل على انهم شربوا
الخمر ولم يتقادم او شركاء المدعي او انه استأجرهم بكذا

واعطاهم ذلك مما كان لي عنده او اني صالحتهم على كذا او دفعته
اليهم على ان لا يشهدوا على وشهدوا فان في هذه الصور يوجب
الجرح حقا للشرع او للعبد على الشهود فيدخل تحت حكم القاضي فيقبل
ولو شهد عدل ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي قبل
معنى قوله اوهمت اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره
او بزيادة كانت باطلة وان قال ذلك بعدما زال عن المجلس لا تقبل
شهادته هذا اذا كان موضع شبهة وان لم يكن موضع شبهة
فلا بأس باعادة الكلام من ان يدع لفظ الشهادة او اسم المدعي
والمدعى عليه ونحو ذلك وان زال عن المجلس بعد ان يكون عدلا
مأمونا وشرط موافقة الشهادة الدعوى معنى والموافقة بين
الشهادتين لفظا ايضا عنده وقالا يكفي الموافقة المعنوية
في الكل ايضا فترد ان شهد احدهما بالف والآخر بالفين او طلقة
وطلقتين وعندهما تقبل على الاقل اذا ادعى المدعي الاكثر
لا في العكس لتكذيب المدعي شاهد الاكثر وقبلت على الف
في بالف والف ومائة ان ادعى المدعي الاكثر انما قال هذا
لانه ان ادعى الاقل بان قال لم يكن الا الف او سكت عن دعوى
المائة الزائدة فلم تقبل شهادة مثبت الزيادة واما ان قال
كان اصل حقي الفا ومائة لكني استوفيت المائة او ابرأته عنها
قبلت للتوفيق كطلقة وطلقة ونصف فان الشهادة مقبولة

اتفاقا فالاتفاق على الالف وعلى الطلقة لفظا ومعنى والمراد
من اتفاق الشهادتين لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى
بطريق الوضع لا بطريق التضمن فالفرق بين الصورة المردودة
والمقبولة ظاهر ووجهه باهر ولو شهدا بالف قرضا كان
او ثمن متاع وزاد احدهما قضى كذا قبلت بالف ورد قوله
قضى كذا لان شهادة الفرد غير مقبولة الا اذا شهد معه
آخر ولا يشهد من علمه اي يجب عليه ان لا يشهد حتى يقر المدعي
عنده بما قبض كيلا يصير معينا على الظلم وذكر
الطحاوي عن بعض اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان
المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به
الاول ومثله لا يمنع القبول ولو شهدا بقتل زيد بمكة وآخران
بقتله بكوفة ردتا لان احديهما كاذبة بيقين ولا رجحان
وان قضي باحديهما ثم قامت الاخرى ردت هي لان الاولى
ترجحت باتصال القضاء بها ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا
في لونها قطع ولو في الذكورة لا وعندهما لا قطع في الوجهين
لهما انهما اختلفا في المشهود به فيمتنع بها القبول وله ان التوفيق
ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان
او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض
من جانب آخر والآخر يشاهده ويرد عليه انه احتيال في اثبات

الحد والاصل خلاف ذلك ما قيل في دفعه انها صيانة للحجج عن التعطيل
وانما يجب الحد ضرورة ضعيف كما لا يخفى ولو قيل يثبت المال
لامكان التوفيق ويسقط الحد لمكان الشبهة لكان اوفق
للاصول واقرب الى المعقول ولو شهد بشراء عبد او كتابة بالف
واخر بالف ومائة ردت لان العقد يختلف باختلاف البدل
فيكون على كل واحد شهادة فرد فلا تقبل وكذا عتق بمال وصلح
عن قود وخلع ورهن ان ادعى العبد والقاتل والزوجة والراهن
لان المقصود هو العقد وهو مختلف وان ادعى الآخر فهو كدعوى
الدين في وجوهها لانه يثبت العتق والعفو والطلاق باعتراف
صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي
هو الراهن لا تقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى
وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين فان قلت نعم بقي
الدعوى في الدين لكن في ضمن العقد فيختلف باختلافه قلت
انما يعتبر الحصول في ضمن العقد اذا كان دعوى العقد مقصودا
وقد عرفت انه غير مقصود فاذا لم يعتبر حصوله في ضمن العقد لم يعتبر
الاختلاف الناشي عنه والاجارة كالبيع في اول المدة اذ المقصود
حينئذ هو العقد وكالدين بعدها لان الدين حينئذ يكون من
الآجر وهو يدعي الاجرة فيكون كدعوى الدين وصح النكاح بالف
يعني باقل المالين سواء كان الدعوى من الزوج او من الزوجة

وسواء

وسواء ادعى الاقل او الاكثر في الصحيح استحسانا وقالا ردت
فيه ايضا وهو القياس لان المقصود هو العقد من الجانبين فصار
كالبيع وجه الاستحسان ان المال في النكاح تبع والاصل فيه الحل
والازدواج والملك ومن حكم التبع ان لا يغير الاصل ولهذا
لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقي
العقد سالما عن الاختلاف فلزم وما وقع فيه الاختلاف وهو المال
يقضى بالاقل منهما كما في الدين ولا بد لشاهد الارث من الجر قوله
مات وترك ميراثا له او الشهادة بانه مات وذا ملكه او في يده
او يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره خلافا لابي يوسف
فانه لا يشترط الجر وما لا يقوم مقامه فان قال كان لابيه اعاره
او اودعه من في يده جاز لتعريفه على او يد من يقوم مقامه
ولا حاجة الى ان يقال بلا جر لانفهامه مما تقدم ولو شهدا
بيد حي منذ كذا ردت اي شهدا انه كان في يد المدعي منذ شهر
والحال انه ليس في يد المدعي عند الدعوى لا تقبل لان الشهادة قامت
بالمجهول فان اليد متنوعة الى ملك وامانة وضمان فلا يمكن
القضاء بالمجهول وعن ابي يوسف انها تقبل فان اقر المدعى عليه
بذلك او شهدا انه اقر بيد المدعي صح لان المشهود به ههنا هو
الاقرار وهو معلوم وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار وتقبل
الشهادة على الشهادة الا في حد وقود وكتاب القاضي الى القاضي

ذكره في الخزانة وشرطها تعذر حضور الاصل بموته او مرض او سفر
وعن ابي يوسف يكتفي بغيبة بحيث يتعذر ان يبيت باهله
وشهادة عدد عن كل اصل لا تغاير فرعي هذا وذاك رجلان
شهدا على شهادة رجل ثم شهدا بعينهما على شهادة اصل
آخر في هذه الحادثة تقبل عندنا خلافا للشافعي ويقول الاصل اشهد
على شهادتي اني اشهد بكذا والفرع اي يقول الفرع اشهد ان
فلانا اشهدني على شهادته بكذا وقال لي اشهد على شهادتي
بذلك وبعض المشايخ طولوا وزادوا على هذا والاحسن الاقصر
قول ابي جعفر الطحاوي وهو ان يقول الاصل اشهد على شهادتي
بكذا ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا من غير احتياج
الى ذكر زيادة وعليه فتوى الامام السرخسي وان عدل الفرع
اصله صح كاحد الشاهدين الآخر وان سكت عنه نظر القاضي
في حاله فان ثبت عدالته قبل شهادة فرعه هذا عند ابي يوسف
وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا
الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل
لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا
بانفسهم وشهدوا وان انكر الاصل شهادته بطل شهادة فرعه ولو شهدا
عن اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا بمعرفتها وجاء
المدعي بامراة لم يدريا انها هي ام لا قيل له هات شاهدين انها فلانة

لان

لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت فالمدعي يدعي الحق
على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة وكذا
الكتاب الحكمي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي
لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل فاذا جاء كتاب القاضي
الى القاضي قيل للمدعي هات الشاهدين ان هذا هو المشهود عليه
وان قالا فيهما اي في الشهادة على الشهادة والكتاب الحكمي التميمية
لم يجز بل لا بد من النسبة الى فخذها وهي القبيلة الخاصة يعني عند عدم
ذكر الجد وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة
العامة لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة
او السكة الصغيرة لانها ايضا خاصة ثم التعريف وان كان تمامه
بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر
الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد وكذا ذكر السكة الصغيرة وفي
العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لانهم ضيعوا انسابهم ومن اقر
ولم يدع سهوا او غلطا فان قال غلطت او اخطأت لا يعزر
لان العقوبات لا تجري على الساهي والمخطي من الحقائق انه شهد
زورا شهر ولا يعزر اتفقوا على ان شاهد الزور يعزر لانه
ارتكب كبيرة ليس فيها حد معين غير انهم اختلفوا في تعزيره فقال
ابو حنيفة في المشهور انه يطاف ويشهر ولا يضرب وقالا يعزر
بالضرب وهل يشهر على قولهما قيل وقيل لا ويسخم وجهه اي يسود

من الحقائق وانما وضع المسئلة في الاقرار لان ما علل ابو حنيفة
في نفي التعزير انما يتمشى فيه وهو على ما ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير
هذا لانه لما اقر بالشهادة الباطلة طايعا فقد اتى بما فعل فالظاهر
انه لا يعود فلا يعزر لزجره وفيه منع الصغير عن الرجوع عن
الشهادة الباطلة ومن غفل عن هذا قال انما وضع المسئلة في الاقرار
لان شهادة الزور لا طريق الى علمها سوى الاقرار واما الاعتراض
عليه بانه قد يعلم بدونه كما اذا شهد بموت زيد او بان فلانا
قتله ثم ظهر زيد حيا وكذا اذا شهد برؤية الهلال ومضى ثلثون يوما
وليس في السماء علة فلم ير الهلال فليس بشيء لان الشهادة بالموت
يجوز بالتسامع وكذا بالنسب فيجوز ان يقول رايت مقتولا او سمعت
الناس يقولون انه زيد بن عمرو واما الشهادة على رؤية
هلال فالامر فيه سعة منها **فصل** لا رجوع عنها الا عند
قاض فان رجعا عنها قبل الحكم بها سقطت اي الشهادة ولم يضمنا
وبعده لم يفسخ اي الحكم وضمنا ما اتلفاه بها اذا قبض المدعى ما ادعاه
دينا كان او عينا انما قال اذا قبض لتوقف الضمان عليه وعند
الشافعي لا ضمان على الشهود اذا رجعوا اذ لا عبرة للتسبب عند
وجود المباشرة قلنا تعذر تضمين المباشر لانه كالملجاء
فيعتبر التسبب فان رجع احد مما ضمن نصفا والعبرة للباقي
لا للراجع فان رجع احد ثلثة شهود والم يضمن لبقاء نصاب الشهادة

وان

وان رجع آخر ضمنا نصفا لبقاء نصف النصاب وان رجعت
امراة في رجل وامراتين ضمنت ربعا وان رجعتا ضمنتا نصفا
وان رجعت ثمان من رجل وعشر نسوة فلا غرم وان رجعت
اخرى ضمنت التسع ربعا لبقاء ثلثة ارباع النصاب وان رجع
الكل فعلى الرجل سدس عنده ونصف عندهما وما بقي عليهن على
القولين له ان كل امراتين مع الرجل تقومان مقام واحد ولهما
ان الرجل الواحد نصف النصاب والنساء وان كثرن يقمن
مقام رجل واحد وان رجعن فقط فنصف اجماعا لبقاء نصف
النصاب وهو الرجل الواحد وغرم رجلان شهدا مع امراة
ثم رجعا لا هي لانه لم يثبت بشهادتها شيء ولا ضمن راجع في
مهر شهد عليه وعليها بعني سواء كان المدعي زوجا او زوجة
الا ما زاد على مهر مثلها اما عدم الضمان في صورة المساواة
فلانه اتلاف بعوض اذ منافع البضع متقومة حال الدخول
واما عدمه في صورة النقصان فلانها غير متقومة عند الاتلاف
واما الضمان في صورة الزيادة فلانهما اتلفاها من غير عوض
وهذا اذا كانت هي المدعية للنكاح وهو ينكر ولذلك قال
والدعوى منهما لانهما اتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض
وفي البيع الا ما نقص من قيمة المبيع ان كانت اي الشهادة على
البايع لانهما اتلفا قدر النقصان عليه ولا ضمان فيما اذا كانت

الشهادة على المشتري اذ حينئذ يكون النقصان برضى البايع
ولذلك قال ان كانت على البايع وما زاد عليها ان كانت
على المشتري لانهما اتلفا قدر الزيادة عليه ولا ضمان فيما اذا كانت
الشهادة على البايع اذ حينئذ يكون الشهادة برضى المشتري وفي
طلاق قبل الدخول الا نصف مهرها انما قال قبل الدخول لان المهر
تأكد بالدخول لا بشهادتهما ولا اتلاف وضمن في العتق
القيمة وفي القصاص الدية وعند الشافعي يقتص وضمن الفرع
بالرجوع لا اصله بقوله ما اشهدته على شهادتي او اشهدته وغلطت
وفي الاخير خلاف محمد ولو رجعا اي الاصل والفرع معا ضمن
غرم الفرع فقط لان القضاء وقع بشهادته وقال محمد ان شاء ضمن
الاصل وان شاء ضمن الفرع لان القضاء وقع بشهادة الفرع
من وجه وبشهادة الاصول من وجه وقول الفرع كذب اصولي
او غلطوا فيها ليس بشي يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضاء
لا ينقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن
شهادتهم انما شهدوا على غيرهم وضمن المزكي الكذب خلافا لهما
لا شاهد الاحصان لانه شرط محض فلا يضاف الحكم اليه بخلاف
التزكية لانها جعلت الشهادة شهادة وتمامه في شرح المزكي
على شاهد الاحصان كما ضمن شاهد اليمين لا الشرط اذا رجعوا
لانهما صاحبا العلة **كتاب الوكالة** جاز التوكيل وهو

تفويض

تفويض التصرف الى غيره وشرطه ان يملكه الموكل اعلم ان من شرط
الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد
ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء
كيف يقدر عليه غيره وقيل هذا على قولهما فاما على قوله فالشرط
ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا
فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر وقيل
المراد ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع
في بعض الاشياء بعارض النهي ويعقله الوكيل ويقصده والمراد
ان يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع
على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك
ثبوت الحكم او الربح لا الهزل فصح توكيل الحر البالغ والماذون
عبدا كان او صبيا عاقلا كلا منهما لم يقل مثلهما لان جواز
الوكالة غير مشروط بالمثلية في الحرية والرق وصبيا لم يقل
يعقل لانه شرط مفروغ عنه وعبدا محجورين ويرجع حقوق الى
موكلهما دونهما بكل ما يعقد بنفسه متعلق بقوله فصح توكيل
الحر الى آخره وبالخصومة في كل حق ولا يلزم بلا رضى خصمه
خلافا لهما والشافعي ثم قيل الخلاف في الصحة والصحيح انه في
اللزوم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل وبقولهما
اخذ ابو الليث وابو الهاشم الصفار وقال في الفتاوى العتابي

وهو المختار الا ان الموكل مريض لا يمكنه حضور مجلس الحكم بقدميه ذكره
في الحقائق او غائب مسيرة سفر او مريدا للسفر اذا قال انا اريد
السفر يلزم منه التوكيل بلا رضى خصمه كذا في الكافي او مخدرة
قال في الحقائق وكذا من المخدرة وهي التي لا تخالط الرجال بكرا
كانت او ثيبا وعليه الفتوى وكذا اذا علم القاضي ان الموكل عاجز
عن البيان في الخصومة بنفسه وبايفاء كل حق واستيفائه
الا في استيفاء حد لانه يندرئ بالشبهات ولا يستوفي ممن يقوم
مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كذا في العناية وما قيل في حد
القذف شبهة ان يصدق القاذف وفي حد السرقة شبهة ان يدعي
المال دون السرقة انما يمشي في خلاف ابي يوسف في صحة التوكيل
لاثبات حد القذف وحد السرقة والكلام ههنا في الاستيفاء بعد
الثبوت فلا احتمال لما ذكر وقود بغيبة موكله عن المجلس وقال الشافعي
يستوفي القود لانه حق العبد ولنا انه عقوبة فتسقط بالشبهة
وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل وحقوق عقد يضيفه الوكيل
الى نفسه يعني الذي لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفي بالاضافة
الى نفسه كبيع واجارة وصلح عن اقرار يتعلق به اي بالوكيل و
قال الشافعي يتعلق بالموكل فيسلم المبيع في الوكالة بالبيع ويقبضه في
الوكالة بالشراء وثمن مبيعه ويطالب بثمن مشريه ويخاصم ويخاصم في
عيبه وشفعة ما بيع وهو في يده وان سلم الى آمره فلا رد بالعيب

الا باذنه ويرجع بثمن مشريه مستحقا اعلم ان الحقوق نوعان
حق يكون للوكيل وحق يكون عليه والاول كتقبض المبيع والمطالبة
بثمن المشتري والمخاصمة للعيب والرجوع بثمن المستحق ففي
هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور ولكن لا يجب عليه فان امتنع
لا يجبره الموكل عليها لانه متبرع في العمل بل يوكل الموكل بها وان
مات الوكيل فولايتها الورثة فان امتنعوا وكلوا موكل مورثهم
وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل
او وارثه وفي النوع الآخر الوكيل مدعى عليه فللمدعي ان يجبره
على تسليم المبيع وتسليم الثمن واخواتهما ويثبت الملك للموكل
ابتداء فلا يعتق قريب وكيل شراه قال الكرخي الملك بالشرى
يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل ولهذا لو حالف يلزم
المشتري وقال ابو طاهر الدباسي بل يثبت للموكل ابتداء
فلهذا لو اشترى قريبه المحرم لا يعتق عليه قال في الهداية هو
الصحيح وعلى قول الكرخي ايضا لا يعتق قريبه لعدم تقرر ملكه
وحقوق عقد يضيفه الى موكله مراده انه لا يستغني عن
الاضافة الى موكل حتى لو اضافه الى نفسه لا يصح والمراد
من قرينه السابق انه يصح اضافته الى نفسه ويستغني عن اضافته
الى الموكل لا انه شرط ولهذا لو اضاف الوكيل بالشرى الشراء
الى موكله صح بالاجماع فلفظ الاضافة واحد والمراد مختلف

لنكاح وخلع وصلح عن انكار هذا الصلح لا يصح اضافته الى الوكيل
بل لا بد من اضافته الى الموكل بخلاف الصلح عن اقرار فانه يصح اضافته
الى كل منهما وقد عرفت اختلاف المراد من الاضافة في الموضعين
فافترق الصلحان في الاضافة او دم عمد وعتق على مال وكتابة
وهبة وتصدق واعارة وايداع ورهن واقراض يتعلق
بالموكل لانه فلا يطالب وكيل زوج بالمهر ولا وكيل عرس بتسليمها و
ببدل الخلع وللمشتري منع الثمن من موكل بايعه فاذا دفع
اليه صح ولم يطالبه بايعه ثانيا

باب الوكالة بالبيع والشراء

الامر بشراء الطعام على البر في دراهم كثيرة وعلى الخبز في قليلة
وعلى الدقيق في متوسطة وفي متخذ الوليمة على الخبز بكل حال
الطعام يقع على كل ما يطعم لغة الا ان العرف خصصه معروفا
بالشراء بالانواع الثلثة المذكورة وقال بعض مشايخ ما وراء النهر
الطعام في عرفنا ينصرف الى المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي
ونحوه وقال صدر الشهيد وعليه الفتوى ولا يصح بشراء شيء مجهول
في جنسه كالرقيق والدابة والثوب وان بين ثمنه اعلم ان
الجهالة انواع ثلثة فاحشة وهي ما كانت في الجنس كما في الثوب
والدابة تمنع الوكالة وان بين الثمن لا يصح ما لم يبين النوع ويسيرة
وهي ما كانت في النوع المحض كما في الحمار والفرس تصح وان لم يبين
الثمن ومتوسطة وهي ما يكون بين الجنس والنوع كما في العبد

والجارية ان بين الثمن او الصفة بان قال تركيا مثلا صحت
الوكالة والدار ملحقة بالجنس من وجه لانها مختلفة بقلة
المرافق وكثرتها فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين
الحقت بجهالة الجنس والمتاخرون قالوا في ديارنا لا يجوز
بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلافها وبما سمي من الثمن
ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير فلا حاجة الى ان يقال
الا اذا ذكر نوع الدابة كالحمار او ثمن الدار والمحلة لانه حينئذ
يكون من النوع الثاني المذكور بقوله وصح بشراء شيء علم جنسه
لا صفته كالشاة والبقرة فانهما نوعان فالجهالة فيهما يسيرة
في عرفهم وانما قال لا صفته لان الصفة بحال الموكل تصير معلومة
ذكره الاقطع في شرح القدوري وبشراء شيء جهل جنسه من وجه
كالعبد وذكر نوعه كالتركي او ثمن لان هذه الجهالة متوسطة
بين الجنس والنوع لا فاحشة ولا يسيرة فاذا بين ثمنه
علم من اي نوع مقصوده لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم
بين الناس فالتحق بجهالة النوع ذكره الزيلعي وبشراء
عين بدين له على وكيله المراد بالعين الشيء المعين وفي غير عين
ان هلك في يد الوكيل هلك عليه فان قبضه امره فهو له وهذا عنده
وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور لهما ان الدراهم
والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا

الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد
فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل فيلزم الآمر
لان يد الوكيل كيده وله انها تتعين في الوكالات الا يرى انه
لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط
الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين
من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز قال
في النهاية قيد بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك
دون الهلاك وبشراء نفس المأمور من سيده ان قال بعني نفسي
لفلان فباع اي اذا قال رجل لعبد اشتر لي نفسك من مولاك
فالعبد ان قال بعني نفسي لفلان فباع يقع على الآمر وان لم يقل
لفلان عتق لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك
فيبقى التصرف واقعا لنفسه وفي شراء نفس الآمر من سيده بالف
دفع ان قال لسيده اشتريته لنفسه فباعه عتق عليه اي قال عبد
لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فقال الوكيل
اشتريته لنفسه فباعه يكون اعتاقا على مال وان لم يقل لنفسه
كان الشراء للوكيل وعليه اي على المشتري ثمنه والالف
للسيد لانه كسب عبده وان قال اشتريت عبدا للآمر فمات اي امر
رجلا بشراء عبد بالف فقال الوكيل قد فعلت ومات العبد عندي
وقال الآمر بل اشتريت لنفسك صدق الوكيل ان كان دفع الآمر

الثمن والا فالآمر لان في الوجه الاول هو امين يريد الخروج
عن عهدة الامانة فيقبل قوله وفي الوجه الثاني اخبر عما لا يملك
استيفاءه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر
كذا في الهداية ولا يذهب ان كلا من التعليلين مخصوص بصورته
وله اي للوكيل بالشراء الرجوع بالثمن على الآمر اذا فعل بامره دفعه
الى بايعه او لا مبنى المسئلة على انه تجري بين الوكيل والموكل مبادلة
حكمية فيصير الوكيل بايعا من موكله فله مطالبة الثمن وان لم يدفع
الى بايعه وله حبس المبيع من آمره لقبض ثمنه وان لم يدفع لما ذكر
آنفا وفيه خلاف لزفر فان هلك في يده قبل حبسه هلك
على الآمر ولم يسقط ثمنه لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل
قابضا بيده وبعد حبسه كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف
وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة وضمان الغصب عند زفر
فان كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف وان كان الثمن عشرة والقيمة
خمسة عشر فعند زفر يضمن خمسة عشر لكن يرجع الموكل على الوكيل بخمسة
وعند الباقين يضمن عشرة وان كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة
ويطالب الخمسة من الموكل وكذا عند ابي يوسف لان الرهن يضمن بالاقل
من قيمته ومن الدين وعند محمد يكون مضمونا بالثمن وهو خمسة عشر
وليس للوكيل بشراء عين شراؤه لنفسه ولو شرى بخلاف جنس ثمن
مسمى او بغير النقود اي لم يكن الثمن مسمى فاشترى بغير النقود او غيره

بامره بعينه وقع له في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر وبحضرته
لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا وفي غير عين هو للوكيل الا اذا اضاف
العقد الى مال آمره او اطلق ونوى له اي قال الوكيل اشتريت
بهذا الالف وهو ملك الموكل او اطلقه ولكن نوى الشراء للآمر
يكون للآمر ويبطل الصرف والسلم بمفارقة الوكيل دون آمره
يعني يجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم ويبطل بما ذكر والمراد التوكيل
بالاسلام دون قبول السلم لانه لا يجوز فان الوكيل حينئذ يبيع طعاما
في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز وانما يعتبر مفارقة
الآمر لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل وان
قال بعني هذا لزيد فباعه ثم انكر الآمر اي انكر المشتري ان زيدا امره
بالشراء اخذه زيد لان قوله بعني لزيد اقرار بتوكيله لان البيع
لا يكون له الا بامره فلا يصدق في انكاره فان صدقه اي
صدق زيد المشتري انه بامره لا يأخذه لان اقرار المشتري
ارتد برده انما قال جبرا لان المشتري ان سلمه الى زيد طوعا يكون
بيعا بالتعاطي لان التسليم على وجه البيع يكفي في البيع بالتعاطي
وان لم يوجد نقد الثمن ومن وكل بشراء من لحم بدرهم فشرى منوين
بدرهم مما يباع من بدرهم لزم موكله من بنصف درهم عنده
وعندهما يلزمه منوان بدرهم لان الموكل امره بصرف الدرهم
في اللحم وظن ان سعره من فاذا اشترى به منوين فقد زاده خيرا

وله انه امره بشراء من ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤه عليه
وشراء الزائد على الوكيل وانما قال مما يباع من بدرهم لانه
لو اشترى لحما لا يباع من بدرهم بل اقل يكون الشراء واقعا
للوكيل بالاجماع لان الآمر امره بشراء لحم يساوي من منه بدرهم
لا باقل فان امر بشراء عبدين معينين بلا ذكر ثمن فشرى احدهما
انما صح في هذه الصورة عن الآمر لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق
الجمع بينهما او بشرائهما بالف وقيمتهما سواء فشرى احدهما بنصفه
او باقل صح عن الآمر وبالاكثر لا اي لا يقع عن الآمر بل يقع عن الوكيل
الا اذا اشترى الآخر بباقي الثمن قبل الخصومة لان المقصود حصول
العبدين بالالف وعندهما ان اشترى احدهما باكثر من النصف
قدر ما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الثمن ما يشتري به الباقي يصح
عن الآمر وان قال اشتريته بالف وقال آمره باقل منه فان كان
اعطاه الالف صدق هو ان ساواه لانه امين فيه وقد ادعى
الخروج عن الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر
والا فالآمر لانه خالف حيث اشترى بالف ما لا يساويه والآمر
بيتنا ولم يساويه وان لم يكن اعطاه الالف وساوى اقل
صدق الآمر لظهور المخالفة لان الآمر وقع بشراء ما يساوي
الفا بالف والمراد بقوله صدق في جميع ما ذكر التصديق بغير الحلف
وان ساواه تحالفا لان الوكيل والموكل بمنزلة البائع والمشتري

وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف لم يفسخ العقد الذي
جرى بينهما فيلزم البيع المأمور وكذا في معين لم يسم له ثمنا فشراه
واختلفا بان قال الوكيل اشتريته بالف وقال الآمر بل بما قل منه
وان صدق البايع المأمور في الاظهر قيل لا تحالف هنا لارتفاع
الخلاف بتصديق البايع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد
وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه
ابو جعفر وقال قاضي خان وهو اصح وقيل تحالفان لان البايع بعد استيفاء
الثمن فهو اجنبي عنهما وان لم يستوف فهو اجنبي عن الآمر فلا مدخل له
وهذا قول الامام ابي منصور قال في الهداية وفي الكافي هو الصحيح

فصل لا يصح بيع الوكيل وشراؤه ممن ترد شهادته له وقالا
يجوز ان كان بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه هذا على وفق
ما في الهداية وفي تتمة الفتاوى نقلا عن مبسوط السرخسي بيع الوكيل
ممن لا تقبل شهادته له باقل من قيمته لا يجوز عند ابي حنيفة وباكثر
من قيمته يجوز وبمثل القيمة في رواية البيوع والوكالة لا يجوز
وفي رواية المضاربة يجوز انما الخلاف في البيع بغبن يسير وصح
بيع الوكيل به بما قل وكثر والعرض والنسيئة اي بالثمن المؤجل
هذا عنده وعندهما وهو قول الشافعي لا يجوز بيعه بنقصان
لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز الا بالنقود حالة الى اجل متعارف
لان المطلق ينصرف الى المتعارف وتقييد شراؤه بمثل القيمة

وزيادة

وزيادة يتغابن فيها وهي ما يقوم به مقوم ان لم يعرف سعره
انما قال هذا لانه اذا كان سعره معروفا بين الناس لا يعفى فيه
الغبن وان كان قليلا واحدا وانما فرق ابو حنيفة بين البيع
والشراء لان في اعتبار الاطلاق في الشراء رخصة انه يشتريه
بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة وفيه ضرر عظيم وصح بيع نصف
ما وكل ببيعه لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا
فصار كما لو وكل ببيع المكيل والموزون هذا عنده وقالا لا يجوز
لان فيه ضرر الشركة الا ان يبيع الباقي قبل ان يختصما فانه حينئذ
يجوز لاندفاع الضرر وبما قررناه تبين وجه اختصاص الخلافية
بما يتعيب بالشركة وفي الشراء يتوقف على شراء الباقي
اي في الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه تتوقف شراؤه
فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل
وانما فرق ابو حنيفة بين البيع والشراء لان الامر في البيع صادف
ملكه فاعتبر فيه الاطلاق بخلاف الامر بالشراء واما ما قبل ان
في الشراء تهمة ان يشتريه لنفسه ثم ندم فيلقيه على الموكل
ولا تهمة في البيع فيرد عليه ان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك
ان يشتريه لنفسه لا كلا ولا بعضا وصح اخذه رهنا
وكفيلا بالثمن فلا يضمن ان ضاع اي الرهن في يده او توى
اي المال على الكفيل لم يقل على الكفيل لما فيه من ايهام العقد

وهو ان لا ينوي ما على الاصيل وهو يكون بالمرافعة الى حاكم
مالكي يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة او لا يرى
الرجوع على الاصيل بموته مفلسا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا
ولو رد مبيع على وكيل في عيب يحدث مثله انما قال يحدث مثله
لان في رد ما لا يحدث مثله اصلا كاصبع زائدة لا حاجة الى الحجة
ببينة او نكول رده على الامر وكذا باقرار فيما لا يحدث مثله
ان رد بقضاء انما قال فيما لا يحدث مثله لانه اذا كان فيما يحدث
مثله لزمه الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او نكوله الكائن
الرد عليه بقضاء والا فلا وانما قال ان رد بقضاء لانه
ان كان بغير قضاء ليس له الرد على الموكل ولا الخصومة معه
في عامة الروايات والتفصيل يطلب من الهداية ثم ان اشترط
البينة او النكول والاقرار فيما يحدث مطلقا ظاهر وفيما
يحدث في الجملة لكن لا يحدث في هذه المدة اذا كان تاريخ
البيع مشتبها على القاضي وكان العيب مما لا يعرفه الا النساء
او الاطباء فان قولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة
لا في الرد فيفتقر الى احدى هذه الحجج للرد حتى لو علم القاضي
تاريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها كما اذا كان
العيب مما لا يحدث اصلا وان باع نسأ فقال امره امرتك بنقد
وقال الوكيل اطلقت صدق وكيل الامر لان الامر يستفاد منه

ولا دلالة

ولا دلالة على الاطلاق وفي المضاربة المضارب لان الاصل
فيها العموم فقامت دلالة الاطلاق ولا يصح تصرف احد الوكيلين
وحده فيما وكلا به دفعة واحدة بان قال وكلتكما بفلان
واما اذا وكلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف
ذكره في غاية البيان الا في خصومة. وفيه خلاف زفر ورد وديعة
وعارية وغصب ذكرهما قاضي خان في شرح الجامع الصغير وقضاء
دين وطلاق وعتق لم يعوضا اما في الخصومة فلان الاجتماع
فيها يفضي الى الشغب والرأي يحتاج اليه سابقا لتقوم الخصومة
واما في الامور الاخر فلعدم الحاجة الى الرأي ولا يصح بيع
عبد ومكاتب وكافر ذميا كان او حربيا لا خلاف في الحربي
انما خلاف ابي حنيفة في المرتد اذا مات على ردته نص على ذلك
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير مال صغير المسلم وتزوجه
اي بماله لان الرق والكفر يقطعان الولاية **باب الوكالة**
بالخصومة والقبض للوكيل بالخصومة القبض عينا كان
او دينا هذا ظاهر الرواية ذكره قاضي خان في شرح الجامع الصغير
وفيه خلاف زفر والفتوى اليوم على قوله لظهور الخيانة
في الوكلاء كالوكيل بالتقاضي على اصل الرواية لانه في
معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع
والفتوى على ان لا يملك كذا في الهداية وقال في غاية البيان

يعني ان الوكيل بتقاضي الدين يملك القبض اتفاقاً في جواب
كتاب الوكالة لكن فتوى المشايخ على ان لا يملك لفساد الزمان
وللوكيل بقبض الدين الخصومة خلافاً لهما لا للذي يقبض العين
هذا بالاجماع فلو قام اي اداة التفريع لتفرعه على ما تقدم من
ان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة حجة ذي اليد
على وكيل بقبض عبد ان موكله باعه منه يقصر يده ولا يثبت
البيع هذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة
قامت لا على خصم فلم يعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده
لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر يده فيقام ثانيا على البيع اذا حضر
الخصم لم يقل اذ حضر الغائب لان حضور نفسه ليس بشرط
كما يقصر يد وكيل نقل المرأة والعبد بلا طلاق وعتق اي بلا ثبوت
واحد منهما لو قامت حجتهما من جهة المرأة والعبد عليه حتى
يحضر الخصم او تقوم حجتهما عليه وصح اقرار الوكيل بالخصومة
بقبض المال ان كان وكيلا من جانب المدعي وبوجوبه ان كان من
المدعى عليه عند القاضي وعند غيره لا استحسانا ولكنه يخرج به
عن الوكالة هذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يصح عند
غير القاضي وعند زفر والشافعي وهو قول ابي يوسف اولا لا يصح
اصلا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي عند المنازعة
والاقرار يضادها لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول غيره وجه



الاستحسان

الاستحسان ان التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب
مطلقا دون احدهما عينا اذ لا يجوز له ان ينكر اذا كان خصمه محقا
والخصومة يراد بها الجواب عرفا مجازا لانها سببه فيصرف اليه
تحريا للصحة كتوكيل رب المال اي كما لا يصح توكيله كفيله بقبض ماله
على المكفول عنه لان الوكيل يعمل لغيره ولو صححنا صار عاملا لنفسه
ومصدق التوكيل بقبض ان كان غريما امر بدفع دينه الى الوكيل
لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص حقه اذ الديون تقضى
بامثالها ثم ان كذبه الغائب دفع الغريم اليه ثانيا لانه لم يثبت
الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه
فيفسد الاداء ورجع به على الوكيل فيما بقي في يده لان غرضه من الدفع
براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وفيما ضاع لا لانه بتصديقه
اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره
الا اذا كان ضمنه عند دفعه يجوز في ضمنه التشديد والتخفيف
وما ضمنه ما اخذه الطالب ثانيا لا ما اخذه الوكيل لانه امانة
في يده لتصادقهما على انه وكيل والامانات لا يجوز بها الكفالة
ذكره في التبيين او دفع اليه على ادعائه غير مصدق وكالته
ففي هاتين الصورتين ان انكر الغائب فالغريم يضمن الوكيل
ان ضاع المال وان كان اي ان كان مصدق الوكيل
مودعا لم يؤمر بدفعها اليه اي بدفع الوديعة الى مدعي الوكالة

لان تصديقه اقرار بمال الغير بخلاف الدين على ما مر ولو قال تركها
المودع ميراثا لي لا وارث له غيري اي ادعى ان المودع مات
وترك الوديعة ميراثا له وصدقه المودع امر بالدفع اليه ولو ادعى
الشراء منه لم يؤمر لانه اقرار على الغير بخلاف ما تقدم لانهما اتفقا
على موت المودع وكان هذا اتفاقا على انه ملك الوارث
ومن وكل بقبض مال وادعى الغريم قبض دائنه ولا بينة له
دفع اليه واستحلف دائنه على قبضه اذا حضر وانكر القبض
لا الوكيل على العلم بقبض الموكل الدين لانه نائب ولا نيابة لاحد
في الايمان قال القدوري في كتاب التقريب وقال زفر
حلفه على علمه وان ابى ان يحلف خرج من الوكالة وجه قول
زفر ان البينة لما جاز ان تسمع على الوكيل لما فيه من مقاطعة
في الخصومة جاز ان يستحلف لينكل ويثبت هذا المعنى ولا يرد
الوكيل بعيب قبل حلف المشتري لو قال البائع رضي به اي رضي
المشتري بالعيب والفرق بين هذه المسئلة وما تقدم من مسئلة
الدين ان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا
ظهر الخطاء عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض
على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة كما هو مذهبه في العقود
والفسوخ ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد واما
عندهما فيجب ان يتحد الجواب في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك

ممكن عندهما ببطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف
ان يؤخر في الفصلين ومن دفع الى آخر عشرة ينفقها على اهله
فانفق عليهم عشرة له فهي بها لان الوكيل بالانفاق وكيل
بالشراء والحكم فيه ما ذكر قيل هذا استحسان وفي القياس ليس له
ذلك فيصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين
لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه **باب**
عزل الوكيل للموكل عزل وكيله ويوقف على علمه وتبطل الوكالة
بموت احدهما وجنونه مطبقا اي مستوعبا حد المطبق شهر عند
ابي يوسف وعنه انه اكثر من يوم وليلة وعند محمد حول كامل
فقدر به احتياطا ولحاقه بدار الحرب مرتدا والمراد بلحاقه ثبوته
بحكم الحاكم وكذا بعجز موكله مكاتبا وحجره مأذونا وافتراق الشريكين
اي احد الشريكين وكل ثالثا في التصرف في مال الشركة فافترقا
تبطل الوكالة وان لم يعلم به وكيلهم الضمير للثلثة المذكورة آنفا
وبتصرف الموكل فيما وكل به لانه لما تصرف بنفسه تعذر على
الوكيل التصرف فبطلت الوكالة ضرورة وفي الكافي ان الموكل
اذا طلقها واحدة والعدة قائمة بقيت الوكالة قال الزيلعي
لبقاء المحل وبهذا اتضح فساد ما قيل سواء لم يبق محلا للتصرف
او بقي محلا له **كتاب الدعوى** هي اسم على فعلى والفها للتأنيث
فلا تنون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى
هي اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة الدعوى لغة عبارة
عن اضافة الشيء الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة جميعا ماخوذ

من قولهم ادعى اذا اضاف الشئ الى نفسه بان قال لى ومنه
دعوة الولد لانه يضيفه الى نفسه وفى الشرع يراد به اضافة
الى نفسه حالة المنازعة لاغير من مبسوط خواهرزاده فان قلت
هلا يلزم على هذا التفسير ان يكون بعض المنكر مدعيا قلت
بل اللازم ان يتحقق حقيقة الدعوى فى جانب بعض المنكر ومع
ذلك لا يطلق عليه المدعى شرعا لاعتبار الشرع فى المدعى شرطا زائدا
وغاية ما يترتب على هذا ان لا يكون الوضع العرفى فى لفظى المدعى
والمدعى عليه نوعيا بل شخصيا ولا بأس فيه وكأنهم اشاروا الى
هذا العدم بتوسطهم اداة التفريع بين تفسير الدعوى وتفسير المدعى
والمدعى عليه. والمدعى من لا يجبر على الخصومة لم يقل اذا تركها
كما قال القدورى ومن تبعه لانه غير مجبور حالتى الترك والفعل
والقيد المذكور يوهم الاختصاص. والمدعى عليه من يجبر عليها
ومنهم من قال المدعى من يلتمس خلاف الظاهر ولا يلزم ان يكون
امرا حادثا والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ولا يلزم ان يكون
عدما اصليا وقال محمد فى الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح
لان الشأن فى معرفة المنكر والاعتبار فى هذا للمعنى حتى ان المودع
اذا قال رددت الوديعة يكون القول له مع اليمين لانه ينكر الضمان
وان ادعى الرد صورة. وهى انما تصح فى الدين بذكر جنسه وقدره
قيل ان كان وزنيا لا بد من ذكر الصفة بانه جيد او ردى
ومن ذكر النوع نحو بخارى الضرب او نيسابورى الضرب هذا اذا كان
فى البلد نقود مختلفة كلها فى الرواج سواء اما اذا كان نقد واحد

او نقود

او نقود احدها اروج فانه يصير ذلك كالملفوظ فى الدعوى
فلا يحتاج الى البيان ذكره فى النهاية. وفى العين المنقول
اى الذى يحتمل النقل. بالاشارة اليه فعلى الغريم احضاره.
مجلس القاضى الا اذا تعسر. بان كان فى نقله مؤنة وان قلت
ذكره فى الخزانة حضر الحاكم عنده او بعث امينا او تعذر حقيقة
بان كان هالكا او حكما بان كان غائبا. ذكر قيمته ليصير معلوما
ولا عبرة فى ذلك للتوصيف لانه لا يجدى بدون ذكر القيمة
وعند ذكرها لا حاجة اليه اشير الى ذلك فى الهداية. وبقوله انه
فى يده. عطف على قوله بالاشارة اليه بغير حق. دفعا لاحتمال
ان يكون مرهونا او محبوسا بالثمن فى يده. وفى غير المنقول
وهو العقار. بذكر الحدود. فى الدار وكذا فى الضيعة لا بد من
التحديد وان كانت مشهورة عنده وعندهما لا يشترط لان الشهرة
مغنية عنه. الاربعة او الثلثة. لا خلاف فى انه لا يكتفى فيه بذكر
حد واحد وكذا بذكر حدين عندهما خلافا لابى يوسف رحمه
وهل يقع بذكر ثلثة حدود قال علماؤنا الثلثة نعم وقال
زفر لا ومن مسئلة كتاب الشروط من البدايع. واسماء اصحابها
ونسبهم الى الجد. لان تمام التعريف به عند ابى حنيفة ولو كان
الرجل مشهورا يكتفى بذكره. وبانه فى يده. لا بد منه لانه انما ينتصب
خصما اذا كان فى يده. ولا يثبت فيه الا ببينة. لم يقل بحجة لانها
تتناول الاقرار. او علم القاضى. ولا يكفى تصديق المدعى عليه انه
فى يده لما فيه من تهمة المواضعة ولا يخفى ما فيها من الضرر لصاحب

اليد واذا ثبت اليد بالبينة او علم القاضي يرتفع هذه التهمة وليس
من قبيلها ما قيل ان الدار اذا كانت في يد رجل امانة فتواضع
المدعي وذو اليد على ان ذا اليد لا يقول انها امانة في يده
حتى يقيم المدعي بينة على انها في يد ذي اليد فان مبناه على
مواضعة الخصمين وهذا زور ولا مدفع لها • والمطالبة
عطف على قوله وانه في يده • وبهذا يندفع في دعوى العقار
ما اندفعت في المنقول بزيادة قوله بغير حق • واذا صحت يسأل
القاضي الخصم عنها فان اقر • اي ان اقر فيها • او انكر ويسأل
المدعي البينة فان اقام قضى عليه وان لم يقم • هذا انتظم صورتين
احديهما ان يقول لا انكر ولا اعترف والاخرى ان لا يقول
ذلك بل يسكت وفي الاولى لا يستحلف كما في السكوت لتساقط
قوله بالتعارض ثم عنده يحبس حتى يقر او ينكر ذكره العتابي
في فتاواه وفي الثانية يستحلف بلا خلاف والمراد بقوله •
حلفه ان طلب خصمه • هذه الصورة • فان نكل مرة • اي قال لا احلف
او سكت بلا آفة قضى عليه بالنكول • لم يقل وقضى بالنكول صح لعدم
دلالته على انه حقه ان يقضي فكم من شيء وليس حقه ان يقع
ويصح بعد الوقوع كقبول شهادة الفاسق والقضاء بها •
وعرض اليمين ثلثا ثم القضاء احوط ولا يرد اليمين على مدع
وان نكل خصمه • خلافا للشافعي فان عنده اذا نكل الخصم يرد اليمين على
المدعي فان حلف قضى له وان ابى انقطعت الملازمة وعندنا
يستحلف المدعى عليه لا غير قبل رد اليمين على المدعي بدعة واول

من قضى به معاوية وهي مخالفة للحديث المشهور يعني بدعة
مردودة بدلالة قوله وهي مخالفة للحديث المشهور فلا يحمل التأويل
بانه ليس المراد ان ذلك امر ابتدعه معاوية في الدين بناء على
خطائه بل المراد انه امر مبتدع لم يقع العمل به الى زمن معاوية لعدم
الحاجة اليه • ولا يحلف • عنده خلافا لهما والفتوى على قولهما
في النكاح من التتمة والخانية • في نكاح صورتها ان يدعي رجل
على امرأة او هي عليه نكاحا والآخر ينكره • ورجعة • صورتها
ان تدعي المرأة في العدة او بعدها او هو عليها بعد العدة
انه راجعها فيها وانكر الآخر • وفي ايلاء • صورتها ان يدعي
المولى عليها بعد المدة او هي عليه بعد المدة او قبلها انه فاء
فيها وانكر الآخر • واستيلاد • صورتها ان تدعي امة
على مولاها انها ولدت منه ولدا قد مات او اسقطت سقطا
مستبين الخلق وانكر المولى ولا تجري في هذه المسئلة العكس لان
المولى اذا ادعى ذلك عليها يكون اقرارا منه ولا يعتبر جحودها •
ورق • صورتها ان يدعي رجل على مجهول رقا او يدعي
المجهول عليه انه رقيقه وانكر الآخر والمراد مجهول الحال
صرح به في الفصول العمادية لا مجهول النسب كما توهم • ونسب
وفي المنظومة وولاد • قال في الحقائق لم يقل في نسب
لانه انما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره
كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة • وولاء • صورتها
ان يدعي رجل معروف انه معتقه ومولاه او ادعى المعروف

ذلك عليه او كان ذلك في ولاء الموالاة ذكر قيد المعروف في المحيط
وانما يستحلف عندهما لان النكول اقرار والظاهر انه يحلف على
تقدير صدقه فاذا امتنع عنه ظهر انه غير صادق في انكاره
اذ لو كان صادقا لاقدم عليه واذا كان النكول اقرارا والاقرار
يجري في هذه الامور فيحلف حتى اذا نكل يقضي بالنكول ولابي حنيفة
ان المرء كثيرا ما يحترز عن اليمين الصادقة فيبذل شيئا ولا يحلف
واذا امكن حمله على البذل لا يثبت الاقرار بالشك فيحمل على البذل
لان انزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل
لا يجري في هذه الاشياء ومعناه هنا ترك المنع والاعراض
عن المنازعة لا الهبة والتمليك صرح بذلك في الهداية
وشروحه فمعنى عدم جريانه في الصور المذكورة انه لا يعمل فيها
فان هذه الحقوق لا يستباح تناولها بالاذن بخلاف
الاموال وفي حمل النكول على البذل يكفي امكان معناه ولا يلزم
ان يترتب عليه فائدته فاندفع ما قيل لما لم يجز البذل في هذه
الاشياء فيحمل على الاقرار وحد سواء كان حد الزنا او حد
القذف او حد الشرب ولعان هذا بالاتفاق ووجه الفرق
عندهما ان الاقرار يجري فيها لكن النكول اقرار فيه شبهة والحدود
تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد وحلف السارق
وضمن ان نكل ولم يقطع لان الضمان يعمل فيه النكول دون القطع
فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان وكذا الزوج اذا ادعت
طلاقا فانه يحلف في الطلاق بالاتفاق فان نكل يثبت

الطلاق

الطلاق ويضمن المهر وكذا في النكاح اذا ادعت هي المال اي
اذا ادعت المرأة النكاح وغرضها المال كالمهر والنفقة فانكر
الزوج يحلف فان نكل يلزم المال ولا يثبت الحل عنده لان المال
يثبت بالبذل لا الحل وفي النسب اذا ادعى حقا مالا كان
كالارث والنفقة او غير مال كحق الحضانة في اللقيط والعتق
بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة فان نكل يثبت الحق
ولا يثبت النسب ان كان مما لا يثبت بالاقرار وان كان فعلى
الخلاف المذكور وكذا منكر القود فانه يستحلف بالاجماع
فان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وفيما دونها يقتص
فان الاطراف بمنزلة الاموال فيجري فيها البذل بخلاف النفس
هذا عندهما يلزم الارش في النفس وما دونها لان النكول
اقرار فيه شبهة فيثبت به المال دون القصاص فان قال لي بينة
حاضرة اي في المصر انما ذكر هذا القيد لانه لو قال لي شهود
الا انهم غيب تحلف ولا تكفل كما اذا قال لا بينة لي وطلب
الخصم لا تحلف وقالا تحلف ومحمد مع ابي حنيفة في رواية
من الحقائق ويكفل بنفسه ثلثة ايام فان ابى اي ان ابى الخصم
عن الكفيل لازمه اي دار معه حيث دار ثلثة ايام والغريب
عطف على الضمير المنصوب في لازمه قدر مجلس الحكم اي لازم المدعي
الغريب الى ان يقوم القاضي عن مجلس الحكم ولا يكفل الغريب
الا الى آخر المجلس فان اتى بالبينة فيها والا تحلفه ان ادعى عليه
ويحلف بالله لا بالطلاق والعتاق فان الح الخصم قيل صح بهما

في زماننا لكن لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا
ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ويغلظ بصفاته اي بذكرها
ولكن يحترز عن العطف كيلا تتكرر عليه اليمين لا بالزمان والمكان
خلافا للشافعي فانه يغلظ بهما عنده ان كان اليمين في قسامة او لعان
او في مال عظيم وحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على
موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى
عليه السلام والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله لان
الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى فان الدهرية منهم لا يعتقدونه
تعالى ولا دلالة في قوله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات
والارض ليقولن الله الآية على ذلك بل لان الوثني يعبد
غير الله ويعتقد انه تعالى خالقه ولا يحلفون في معابدهم
ويحلف على الحاصل في البيع والنكاح بالله ما بينكما بيع قائم
او نكاح قائم في الحال وفي الطلاق ما هي بائن منك الآن
وفي الغصب ما يجب عليك رده لا على السبب بالله ما بعته ونحوه
اي ما نكحتها وما طلقتها وما غصبته لان بعض الاسباب
قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق والاقالة والنكاح بتجديد
والهبة فيحلف على الحاصل لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه
وهذا لانه لو حلف على نفي السبب كالبيع ونحوه يكون كاذبا
ولو لم يحلف يجب تسليم المبيع العائد الى ملكه بالاقالة لانه لو ادعى
المعنى الطارى لم يقبل قوله واذا حلف على الحاصل فقد اوفى المدعي
والمدعى عليه حقهما لعلمنا ان مقصود المدعي من دعوى البيع ونحوه

ثبوت الحكم ومتى امكن ابقاء حقهما كان اولى من ابقاء حق
احدهما وابطال الآخر هذا عندهما وعند ابي يوسف يحلف
على السبب في جميع ذلك الا عند تعريض المدعى عليه بان يقول
ايها القاضي قد يبيع الانسان شيئا ثم يقيله فحينئذ يحلف
القاضي على الحاصل وعنه انه ينظر القاضي الى انكار المدعى عليه
ان انكر السبب يحلف على السبب وان انكر الحكم يحلف على الحاصل
وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى رأي القاضي
كذا في الكافي الا اذا ترك النظر اي يلزم من الحلف على
الحاصل ترك النظر للمدعي فيحلف على السبب بالاجماع كدعوى
شفعة بالجوار ونفقة مبتوتة والخصم لا يراهما بان كان
شافعيا اذ لو حلف على الحاصل بالله ما هو مستحق للشفعة
او ما لها عليك النفقة يصدق في يمينه في معتقده فيفوت
النظر في حق المدعي وكذا في سبب لا يرتفع كعبد مسلم
يدعي عتقه فانه لا ضرورة الى الحلف على الحاصل لان السبب
لا يمكن ارتفاعه فان العبد المسلم اذا عتق لا يسترق
ولقائل ان يقول نعم اذا عتق مسلما لا يسترق ولكن
يجوز ان يعتق حال كفره فيتكرر رقه بهذا الاعتبار
وفي الامة والعبد الكافر على الحاصل لانه يتكرر الرق عليهما
بالردة واللحاق والسبي وعليه بنقض العهد واللحاق والسبي
فيرتفع السبب فيهما ويحلف على العلم من ورث شيئا فادعاه
آخر لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات

وعلى الثبات • اى على القطع • ان وهبت واشتراه • لوجود
المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا وكذا
الهبة • وصح فداء الحلف والصلح منه ولا يحلف بعده ابدا •
لانه اسقط حقه

باب التحالف

لو اختلفا في قدر الثمن
او المبيع حكم لمن برهن وان برهنا حكم لمثبت الزيادة • فيهما
وهو البائع في الاول والمشتري في الثاني • وان اختلفا
كما اذا قال البائع بعت هذا بالفين وقال المشتري بل بعته
مع الآخر • فحجة البائع في الثمن وحجة المشتري في المبيع اولى
وان عجزا • عن اقامة الحجة في اى صورة كانت من الصور
المذكورة • ولم يرض واحد منهما بما قاله الآخر • بعد ما قيل
لكل واحد منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا
البيع عليك • تحالفا • لم يقل رضي كل بزيادة يدعيها الآخر والا
تحالفا لان شرط التحالف عدم رضى واحد منهما بما قاله
الآخر لا عدم رضاء كل منهما بما قاله الآخر • وحلف المشتري
اولا في الصور الثلث هذا قول محمد وابي يوسف آخرا
وهو رواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما
انكارا لانه يطالب اولا بالثمن او لانه يتعجل فائدة النكول
وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع يتأخر المطالبة
بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وفي المقايضة والصرف
بدأ القاضي بايهما شاء لاستوائهما ويحلف كل على نفي ما يدعيه
الآخر ولا حاجة الى اثبات ما يدعيه هو وفي الزيادات يحلف

بضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي
لان الايمان على ذلك وضعت • وفسخ القاضي البيع
اتى بعد التحالف • بطلب منهما • اى من احدهما وقيل
ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول ذكره في الكافي
ومن نكل لزمه دعوى الآخر • يعني اذا نكل به القضاء
اذ بدونه لا يوجب شيئا اما على اعتبار ان النكول بذل فظاهر
واما على اعتبار انه اقرار ففيه شبهة البذل فلا يكون
موجبا بانفراده • ثم اعلم ان التحالف اذا كان قبل قبض
احد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فمخالف
للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه
وانما ينكر ما ادعاه الآخر ولكن عرفناه بالنص وهو قوله
عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها
تحالفا وترادا ذكره في التبيين • ولا تحالف في الاجل • سواء
اختلفا في اصله او في وصفه خلافا لزفر والشافعي • وشرط
الخيار • سواء اختلفا في اصله او في مدته • وقبض بعض الثمن
وحلف المنكر ولا بعد هلاك المبيع وحلف المشتري • اى
المبيع ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عندهما والقول للمشتري
وعند محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك
وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او تغير وصار بحال لا يقدر
على رده بالعيب • له ان كلا منهما يدعي عقدا ينكره الآخر
ولهما ان التحالف بعد قبض المبيع على خلاف القياس وردهنا الشرع

في حال قيام السلعة ولا بعد هلاك بعضه الا ان يرضى
البائع بترك حصة الهالك فحينئذ يتحالفان هذا عنده وقال
ابو يوسف يتحالفان في الباقي ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان
في الهالك والقول في ثمنه للمشتري وقال محمد يتحالفان عليهما
ويفسخ العقد فيهما ويرد الباقي وقيمة الهالك هذا على تخريج
عامة المشايخ على ان الاستثناء ينصرف الى التحالف وقال
مشايخ بلخ ينصرف الى يمين المشتري والمعنى لا يتحالفان عنده
ويكون القول قول المشتري مع يمينه الا ان يأخذ البائع
الباقي ولا يأخذ شيئا آخر فحينئذ لا يحلف المشتري لانه انما يحلف
اذا كان منكرا ما يدعيه البائع فاذا اخذ البائع الباقي
صلحا عن جميع ما ادعاه على المشتري فلا حاجة الى تحليفه و
يرد عليه ان الاخذ معلق بمشية البائع ولو كان اخذ البائع
بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما ولا في بدل الكتابة هذا عنده
وقالا يتحالفان ويفسخ الكتابة وهو قول الشافعي ولا في رأس
المال بعد اقالته وصدق المسلم اليه ان حلف لان الاقالة
في باب السلم ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا
المسلم فيه بالاقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر
فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له
ولا يعود السلم بخلاف البيع فانه ينفسخ الاقالة بعد التحالف
ويعود البيع اذا اختلفا في قدر الثمن بعد الاقالة ولو اختلفا
في بدل الاجارة او المنفعة قبل القبض اي قبل قبض بدل الاجارة

في احدى الصورتين وقبل قبض المنفعة في الاخرى تحالف
وحلف المستأجر اولا ان اختلفا في الاجرة والموجر ان
في المنفعة واي نكل ثبت قول صاحبه واي برهن قبل و
ان برهنا فحجة الموجر اولى ان اختلفا في الاجرة وحجة المستأجر
ان اختلفا في المنفعة اعتبارا للمثبت الزيادة وحجة كل
في فضل يدعيه ان اختلفا فيهما وان اقاماها ولا تحالف ان اختلفا
في قدر الاجرة بعد قبض المنفعة والقول للمستأجر لانه منكر
للزيادة وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف
عندهما وكذا عند محمد لان البيع انما ينفسخ بقيمة الهالك
وههنا ليس للمنافع قيمة وبعد قبض بعضها تحالفا وفسخت فيما بقي
لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة فكانها تنعقد بعقود
مختلفة ففيما بقي يتحالفان لا فيما مضى والقول للمستأجر فيما مضى
لانه المنكر وان اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة
لواحد منهما فلها ما صلح لها وله ما صلح له او لهما مع اليمين لكل
احدهما فالمشكل اي ما يصلح لهما للحي منهما اي مع اليمين هذا
عنده وقال ابو يوسف يدفع اليها ما يجهز به مثلها والباقي
له مع يمينه والحيوة والموت سواء لقيام الورثة مقام المورث
وقال محمد ان كانا حيين فكما قال ابو حنيفة وبعد الموت
المشكل لورثته وان كان احدهما مملوكا فالكل للحر في الحيوة
وللحي هكذا في عامة الكتب وفي شرح الجامع الصغير للسرخسي انه
سهو وفي رواية محمد والزعفراني للحر بالرأي بعد الموت

وقالا العبد المأذون والمكاتب كالحر **فصل** لو قال ذو اليد
هذا الشيء اودعنيه او اعارنيه او آجرنيه او رهنيه زيد
او غصبته منه وبرهن عليه سقط خصومة المدعي لان يد هؤلاء
ليست يد خصومة وقال ابو يوسف ان كان ذو اليد رجلا صالحا
يندفع الخصومة لا ان كان معروفا بالحيل لاحتمال ان يدفع
ما في يده الى من يغيب عن البلد ويقوله اودعه عنده
بحضرة الشهود كيلا يمكن لاحد الدعوى عليه وقال ابن شبرمة
لا تندفع الخصومة مطلقا وقال ابن ابي ليلى تندفع بلا بينة
ومنها قول خامس وهو لمحمد على ما سيأتي ولذلك سميت المسألة
مخمسة كتاب الدعوى وان قال المدعي شريته من الغائب
اقر في هذه الصورة بيد الخصومة فلا يسقط عنه او قال المدعي
غصبته او سرق مني لا لانه انما صار خصما بدعوى
الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق فانه خصم فيه
باعتبار يده وان برهن ذو اليد على ايداع زيد هذا عندهما
خلافا لمحمد كما لو قال الشهود اودعه من لا نعرفه لاحتمال ان يكون
هو الذي اودعه عنده بخلاف قولهم نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه
لانهم عالمون بان المودع ليس هو المدعي هذا عنده وقال محمد
لا يسقط الخصومة لانه ما احاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه
فلو اندفعت لتضرر به ولو قال اشتريته من زيد وقال ذو اليد
اودعنيه هو سقطت بلا حجة لانهما توافقا على ان اصل الملك
فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته ولا يكون

يده يد خصومة الا اذا برهن المدعي ان زيدا وكله بقبضه
لانه اثبت ببينة كونه احق بامساكها **باب دعوى
الرجلين** حجة الخارج في الملك المطلق احق من حجة ذي اليد
خلافا للشافعي وان وقتا احدهما فقط خلافا لابي يوسف
فانه يقول صاحب الوقت احق ولو برهن خارجان على شيء
قضي لهما هذا عندنا وعند الشافعي في احد قوليه تهاترت
البينتان وان برهنا في النكاح سقطا لتعذر الجمع
وهي لمن صدقته هذا اذا لم يؤرخا وان ارخا فالسابق احق
وان اقرت لمن لا حجة له فهي له فان برهن الآخر قضي له به
لان البينة اقوى من الاقرار وان برهن احدهما وقضي له
ثم برهن الآخر لم يقض له الا اذا اثبت سبقه كما لم يقض بحجة
الخارج على ذي يد ظهر نكاحه الا اذا اثبت سبقه اي اذا كانت
امرأة في يد رجل ونكاحه ظاهر وادعى الآخر انها زوجته
واقام البينة لم يقض له الا اذا اثبت ان نكاحه اسبق وان
برهنا على شراء شيء من ذي يد فلكل نصفه بنصف الثمن او تركه
اي لكل واحد منهما الخيار ان شاء اخذ نصف ذلك الشيء
بنصف الثمن وان شاء تركه وان ترك احدهما بعدما قضي لهما لم يأخذ
الآخر كله وهو للسابق ان ارخا اي ذكرا الشراء من ذي اليد
تاريخا ولمدعي ذي يد ان لم يؤرخا او ارخ احدهما ولذي وقت
ان وقت احدهما فقط ولا يد لهما اي ان ارخا فالسابق
احق وان لم يؤرخا او ارخ احدهما فان كان في يد احدهما

فذو اليد أولى وإن لم يكن في يد أحدهما فإن وقّت أحدهما
فهو أحق وإن لم يوقّت واحد منهما فقد مرّ أن لكل نصفه
بنصف الثمن أو تركه. والشراء أحق من هبة وصدقة مع قبض
أي قال أحدهما اشتريته من زيد وقال الآخر وهبه لي زيد
وقبضته فبرهنا فمدعي الشراء أحق. والشراء والمهر سواء ورهن
مع قبض أحق من هبة معه فإن برهن خارجان على ملك
مؤرخ أو شراء مؤرخ من واحد وخارج على ملك مؤرخ وذو
يد على ملك أقدم فالسابق أحق وإن برهنا على شراء متفق
تاريخهما من آخر أي قال أحدهما اشتريته من زيد وقال الآخر
اشتريته من عمرو أو وقّت أحدهما فقط استويا. فالحاصل أنه
إذا وقّت أحدهما فقط وتلقيا من واحد فصاحب الوقت أحق
وإن تلقيا من اثنين فهما سواء. وإن برهن خارج على الملك
وذو اليد على الشراء منه أو برهنا على سبب ملك لا يتكرر
كالنتاج وحلب لبن واتخاذ جبن ولبد وجز صوف فذو اليد
أحق ولو برهن كل على الشراء من الآخر بلا وقت. إنما قال
بلا وقت إذ لو أرخا لا يكون الجواب على ما ذكر بل على التفصيل
الذي ذكر في الهداية. سقطا وترك المال في يد من معه
لا على وجه القضاء هذا عندهما وقال محمد إن ذكر الشهود القبض
يقبل البينتان ويقضى بجواز الشرائين ويجعل القبض الموجود
لآخر العقدين فيقضى به لذي اليد ويجعل كأن ذا اليد باعه
وسلمه ثم الخارج وسلمه وإن لم يذكروا القبض قضي للخارج ويجعل

كأنه باعه وسلمه ثم ذو اليد باعه ولم يسلمه ويؤمر بالتسليم كذا
في الحقائق على وفق ما في مبسوط السرخسي ولهما أن الإقدام
على الشراء إقرار منه بالملك للبائع فصار كأنهما قامتا على
الإقرارين وفيه التهاتر بالإجماع كذا ههنا إن شئت زيادة
تفصيل في هذا المقام على وجه ينضبط به الأقسام فاستمع هذا
المنقول من الذخيرة إن برهن المدعيان فإن كان تاريخ
أحدهما سابقا فهو أحق وإن لم يكن سابقا سواء لم يؤرخا
أو أرخ أحدهما أو أرخا ولم يكن أحدهما سابقا فإن كان
كل منهما ذا يد فهما متساويان وكذا إن كان كل منهما خارجا
في الملك المطلق وكذا في الملك بسبب إلا إذا تلقيا من واحد
وأرخ أحدهما فإنه أحق وإن كان أحدهما ذا يد والآخر
خارجا فالخارج أحق في الملك المطلق شاملا للصور المذكورة
إلا إذا ادعيا مع الملك فعلا كما إذا قال هو عبدي أعتقته
أو دبرته فذو اليد أحق بخلاف ما إذا قال كل واحد هو
عبدي كاتبته فهما سواء لأنهما خارجان إذ لا يد على المكاتب
بخلاف المعتق فإنه في يد المولى إذا كان صغيرا ولو قال أحدهما
هو عبدي كاتبته وقال الآخر دبرته وأعتقته فهذا أولى
فالضابطة أن كل بينة يكون أكثر إثباتا فهي أحق هذا في حق
وذي اليد في الملك المطلق أما في الملك بسبب فإن ذكرا سببا
واحدا فإن تلقيا من واحد فذو اليد أحق وإن تلقيا من
اثنين فالخارج أحق شاملا للصور المذكورة وإن ذكرا سببين

كالشراء والهبة وغير ذلك نظرا الى قوة السبب كما في المتن
ولا يرجح بكثرة الشهود. لان الترجيح بقوة الدليل لا بكثرة
ولو ادعى احدهما خارجين نصف دار والآخر كلها فالربع
للاول وقالا الثلث والباقي للثاني اعتبر ابو حنيفة طريق
المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف
فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الآخر فيتنصف بينهما
واعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه
سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا. وان كانت
معهما فهي للثاني نصف بقضاء ونصف لا به. فان الدار
اذا كانت في ايديهما يكون في يد كل منهما نصف فالنصف الذي
في يد مدعي الكل لا يدعيه الآخر فيترك في يده والنصف
الذي في يد مدعي النصف يدعيه كل منهما ومدعي الكل
خارج وبينة الخارج اولى. وان برهنا على نتاج دابة
وارخا فقضي لمن وافق وقته سنها. ولا فرق في ذلك
بين ان يكون الدابة في ايديهما او يد احدهما او يد ثالث
لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج
من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد ان كانت في يد احدهما
او لهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث ذكره في التبيين
وان اشكل فلهما وان خالف وقتهما بطلتا فيترك الدابة في يد من
كانت في يده. وان برهن احد خارجين على غصب شيء والآخر
على وديعة استويا. لان المودع اذا جحد الوديعة صار غاصبا.

واقامة الخارج بينة على الوديعة تتضمن جحد ذي اليد اياها
واللابس احق من آخذ الكم والراكب من آخذ اللجام ومن في
السرج من رديفه وذو حملها ممن علق كوزه بها. اي صاحب
اليد في هذه الصور هو الاول. وجالس البساط والمتعلق
سواء كمن معه ثوب وطرفه مع آخر. والقول للصبي المعبر اي المتكلم
ويعقل ما يقول في انا حر. لانه في يد نفسه. وان قال انا عبد
فلان فقضي لمن في يده. لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق
كمن لا يعبر. لانه بمنزلة المتاع. فان قلت اليس الاصل في الانسان
الحرية قلت ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل ذلك
الاصل واليد على من هذا شانه دليل على خلاف ذلك الاصل لانها
دليل الملك فبطل به ذلك الاصل كذا في الفوائد الظهيرية. والحائط
لمن جذوعه عليه او متصل بنائه به اتصال تربيع. تفسير التربيع
على ما ذكر في الذخيرة اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون
انصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في انصاف غير المتنازع
فيه واذا كان من خشب بان يكون ساجه مركبة في الاخرى
وانما سمي اتصال تربيع لان مثل هذا الاتصال يكون فيما بني مربعا
لا لمن له عليه هرادي الهرادي جمع الهردية وهي قصبات
تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم كذا
في ديوان الادب. بل بين الجارين لو تنازعا. اي يكون
الجدار بينهما اذا تنازعا ولاحدهما عليه هرادي دون الآخر.
وذو بيت من دار كذي بيوت منها في حق ساحتها. لانهما

في استعمالها وهو المراد فيها أرض ادعى شخص أنها في يده
وآخر كذلك وبرهنا قضي بيدهما وإن برهن أحدهما
أو كان لبن فيها أو بنى أو حفر قضي بيده لوجود التصرف
والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

مبيعة ولدت
لأقل من نصف حول منذ بيعت فادعى البائع الولد ثبت
نسبه منه وأميتها ويفسخ البيع ويرد الثمن إن لم يدع المشتري
قبله هذا عند الثلاثة وعند زفر والشافعي دعواه باطلة لأن
البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان متناقضا في الدعوى ولا نسب
بدون الدعوى ولهم أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة
على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء
فيعفى فيه التناقض وإذا صحت الدعوة استندت إلى وقت
العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع ويرد الثمن لأنه قبضه
بغير حق وإنما قال إن لم يدع المشتري قبله لأنه حينئذ يثبت
نسبه منه لوجود المجوز وهو الملك ويثبت لها أمومية
الولد بإقراره ثم لا يصح دعوة البائع بعده لأن النسب لا يحتمل
الإبطال والانتقال فلا يتعين الحمل على أن المشتري نكحها
واستولدها ثم اشتراها إذ يحتمل أن يكون المشتري مالكا لها
قبل ذلك ويكون العلوق في ذلك نعم لو اشترط في المسألة
أن البائع اشترى الجارية وباعها بعد سنتين لسقط هذا الاحتمال
فإن قلت لا يثبت اتصال العلوق بملكه لما ذكر من الاحتمال
قلت الآن حصحص الحق وتبين أنه لا بد في صورة المسألة

من قيد زائد على ما صرح به صاحب الهداية وكذا لو ادعاه بعد
موت الأم ويرد كل الثمن عنده وحصة الولد فقط عندهما بخلاف
موت الولد لأن الولد أصل في ثبوت النسب ولم يثبت نسبه
بعد الموت لعدم الحاجة ولو ادعاه بعد عتقها يثبت نسبه ويرد
حصته من الثمن أي لو ادعى البائع الولد أنه ولده بعدما
أعتق المشتري الأم وقد جاءت به لأقل من نصف حول
يثبت نسب الولد ويرد البائع حصته من الثمن بأن يقسم الثمن
على قيمتهما تعتبر قيمة الأم يوم القبض لأنها دخلت في ضمانه
بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لأنه صار ذا قيمة بالولادة
فيعتبر قيمته عند ذلك ذكره في التبيين وبعد عتقه ردت
دعواه لما ذكرنا أن الولد هو الأصل كما لو ولدت لأكثر من
نصف حول وأقل سنتين أو أكثر منهما إلا إذا صدقه
المشتري فحينئذ حكم الثاني وهو ما إذا ولدت لأكثر من نصف
حول وأقل من سنتين كالأول وهو ما إذا ولدت لأقل من نصف
حول وفي الثالث وهو ما إذا ولدت لأكثر من سنتين لم يبطل
ولا يعتق الولد ولا تصير الأمة أم ولد له لأن العلوق حادث
بعد البيع ولا يستند إلى ما قبل البيع حتى يبطل وهي أم ولده
على المعنى اللغوي نكاحا أي يحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا
لأمره على الصلاح ولو باع من ولد عنده ثم ادعاه بعد بيع
مشتريه صح نسبه ورد بيعه لأن البيع يحتمل النقض وما له من حق
الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لأجله وكذا لو كاتب الولد أي

اشترى أمة مع ولدها وكاتب الولد أو رهنه أو آجره أو
كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم ادعاه لان هذه العوارض
يحتمل النقض فينقض ذلك كله ويصح الدعوة بخلاف الاعتاق
والتدبير على ما مر ولو باع أحد توأمين قدم تفسير التوأمين
في مسئلة النفاس ولدا عنده واعتقه مشتريه ثم ادعى البائع
الآخر يثبت نسبهما منه ويبطل عتق المشتري لان من ضرورة
ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ولو قال لصبي ترك
قيد معه لانه ليس بشرط ذكره في التبيين هو ابن زيد ثم قال
هو ابني لم يكن ابنه وان جحد زيد بنوته هذا عنده وقالا
ان جحد زيد بنوته فهو ابن للذي معه لان الاقرار ارتد
بالرد فصار كأن لم يكن والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان
كان لا يحتمل النقض له ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته
والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته ولو كان مع مسلم
وذمي فقال المسلم هو عبدي وقال الذمي هو ابني فهو ابن للذمي
وحر اي يثبت نسبه من الذمي حتى يثبت له الحرية ويكون مسلما
لان حكمه حكم دار الاسلام كذا في التحفة وانما لم يقل فهو حر ابن
للذمي لان المتفرع على الدعوة هو البنوة واما الحرية فبواسطتها
ولو قال زوج امرأة لصبي معهما هو ابني من غيرها وقالت ابني
من غيره فهو ابنهما ان ادعيا معا والا فعلى التفصيل الذي ذكره
في شرح الطحاوي ولو ملك أمة بأي سبب كان ذكره في التبيين
فولدت منه لا بد من هذا القيد واستحقت غرم الاب اي المستحق

قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع وهو حر لانه ولد المغرور
فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح
فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة وانما
سمي مغرورا اذ غره من ملكه فلو مات الولد تفريع على قوله يوم الخصومة
قبلها لا بد من هذا القيد اذ لو مات بعد الخصومة يغرم لتحقق
المنع منه فلا شيء عليه وتركته له لانه حر الاصل في حقه فيرثه وان قتله
هو او غيره فاخذ ديته لا بد من هذا القيد غرم قيمته اما في الصورة
الاولى فلوجود المنع واما في الثانية فلان سلامة بدله كسلامته
ومنع بدله كمنعه ورجع بها على بائعه ان ملكه بالشراء لانه ضمن
له سلامته كما يرجع بثمنها لا بالعقر الذي اخذه منه المستحق لانه لزمه
لاستيفاء منافعها فلا يرجع وفيه خلاف الشافعي

كتاب الاقرار

هو اخبار بثبوت حق عليه قال صاحب الهداية
في مختارات النوازل الاقرار هو الاثبات لغة يقال قر الشيء
اذا ثبت وفي الشريعة هو اخبار عما كان ثابتا قبله وهو يحتمل
الصدق والكذب لا انشاء وحقه ان يذكرها هنا لا بعد قوله
لحكم ظهور المقر به لان الاشتباه في ان الاقرار نفسه انشاء
لا في ان حكمه انشاء فصح الاقرار بالخمر للمسلم لو كان الاقرار
انشاء وحكمه الثبوت لما صح ذلك لانه لا يصح تمليك الخمر للمسلم
لا بطلاق وعتاق مكرها ولو كان انشاء لصح لان طلاق
المكره واعتاقه واقعان عندنا ولو اقر مكلف ترك قيد الحرية
لعدم الحاجة اليه في صحة مطلق الاقرار وانما احتيج اليه في صحة الاقرار

مطلقا والفرق واضح بخمس معلوم او مجهول صح لما عرفت انه
الجائز لما عليه من الحق وقد يكون ما عليه مجهولا ولزمه بيان
ما جهل بما له قيمة وصدق مع حلفه ان ادعى المقر له اكثر منه لا حجة
ولا يصدق في اقل من درهم في علي مال ومن النصاب في مال
عظيم من الذهب او من الفضة ومن خمس وعشرين في الابل ومن
قدر النصاب قيمة في غير مال الزكوة ومن ثلثة نصب في اموال
عظام وو دراهم ثلثة وو دراهم كثيرة عشرة هذا عنده لان العشرة
اكثر ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف
اليه وقالا لا يصدق في اقل من مائتين وكذا دراهم دراهم
كذا في الهداية وفي التتمة والخانية ولو قال كذا دينارا عليه
ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان
ويرد عليه ان هذا هو العدد اصطلاحا والكناية بكذا لا تختص
بما لا يحصى وكذا كذا احد عشر وكذا وكذا احد وعشرون
لان كذا كذا كناية عن العددين واقل عددين يذكران بغير واو
احد عشر واقل عددين يذكران بالواو احد وعشرون ولو ثلث
بلا واو فاحد عشر حملا للواحد منها على التكرار اذ لا نظير له سواه
ومع واو فمائة واحد وعشرون وان ربع اي مع الواو
زيد الف وعلي وقبلي اقرار بدين لان على صيغة ايجاب وقبلي
ينبئ عن الضمان وصدق ان وصل هو وديعة وان فصل لا
لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله
فيصدق موصولا لا مفصولا كالاستثناء والتخصيص وعندي

او معي

او معي او في بيتي او كيسي او صندوقي امانة وقوله لمدعي
الالف اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قضيتكها
او ابرأتني منها او تصدقت بها علي او وهبتها لي او احلتك بها
على زيد اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن
المذكور في الدعوى والتأجيل انما يكون في حق واجب
والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء وكذا
دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب
وكذا دعوى الحوالة لانها تحويل دين وبلا ضمير لا اي لا يكون
اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ
فلا يلزم شيء ومائة ودرهم كلها دراهم ومائة وثوب ومائة
وثوبان تفسير المائة فالمرجع في تفسير المائة اليه وهو
القياس في الاول وبه قال الشافعي لان المائة مبهمة و
الدرهم معطوف عليها بالواو والعاطفة لا تفسير لها فبقيت
المائة على ابهامها كما في الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق
انهم يستثقلون تكرار الدرهم فيما يكثر استعماله وذلك في الاثمان
والمكيل والموزون وفيما عداه بقي على الحقيقة ومائة وثلثة
اثواب كلها ثياب لان الاثواب لم تذكر بحرف العطف
فانصرف التفسير اليهما لاستوائهما في الحاجة اليه والاقرار
بدابة في اصطبل يلزمها فقط وخاتم حلقة وفصه من باب
العطف على معمولي عاملين مختلفين والمجرور مقدم وكذا
قوله وسيف جفنه وحمائله ونصله وحجلة وهي بيت مزين

بالثياب والستر العيدان والكسوة وتمر في قوصرة اي انهما
كثوب في منديل او ثوب في ثوب وثوب في عشرة اثواب واحد
هذا عند ابي يوسف وقال محمد احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب
قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف
ان في قد يكون بمعنى البين فلا يجب بالشك والاصل براءة
الذمم وخمسة في خمسة بنية الضرب خمسة وقال زفر عشرة
وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد مر في كتاب الطلاق
وبنية مع عشرة وفي من درهم الى عشرة وما بين درهم الى عشرة
عليه تسعة هذا عنده لان الاصل في الغاية عدم الدخول في يدخل
الاول هنا ضرورة وعندهما يدخل الغايتان لانها لابد ان تكون
موجودة ووجودها بوجوبها وعند زفر لا يدخل شيء منهما
وهو القياس وفي له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا
الحائط له ما بينهما والفرق لابي حنيفة ما اشرنا اليه انفا بقولنا
ويدخل الاول هنا ضرورة وهو انه لا وجود لما فوق
الواحد بدونه بخلاف ما بين الحائطين ولو اقر بالحمل صح
وحمل على الوصية من غيره اي يحمل هذا الاقرار على ان شخصا
اوصى بالحمل لآخر ومات الموصي فالآن يقر وارثه بانه للموصى له
وكذا له اي يصح الاقرار للحمل ان بين سببا صالحا كارث
ووصية بان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فان

الوصية

الوصية للحمل تصح والحمل يرث وانما قال ان بين سببا صالحا
لانه ان لم يبين اصلا لا يجوز عند ابي يوسف خلافا لمحمد على
ما سيأتي وان بين سببا غير صالح فلا يجوز اتفاقا والفرق
لابي يوسف ان الوصية متعينة في الاقرار بالحمل بخلاف
الاقرار له فان فيه اسبابا متعارضة فان ولدت حيا
في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار ولا يلزم ان يكون
لاقل من نصف حول لانه اذا كانت المرأة معتدة فجاءت
بالولد لاقل من سنتين وان كان اكثر من ستة اشهر يحكم
بوجوده في البطن وقت الاقرار لانه يحكم بثبوت النسب
فيكون ذلك حكما بوجوده في ذلك الوقت وهذا التعليل
مذكور في المبسوط فله ما اقر وان ولدت حيين فلهما وان
ولدت ميتا فللموصي او المورث لان في بيان السبب اقرارا
بملك الموصي او المورث فيقسم بين ورثته وان فسر ببيع
او اقراض او ابهم الاقرار لغا هذا عند ابي يوسف وعند محمد
يصح الاقرار ويحمل على السبب الصالح وان اقر بشرط الخيار صح
وبطل شرطه لان الخيار للفسخ والاقرار لا يحتمله ومن المسائل
المهمة انه اقر ثم ادعى انه كاذب في الاقرار فعندهما لا يلتفت
الى قوله وقال ابو يوسف يحلف المقر له ان المقر لم يكن كاذبا
في اقراره والفتوى على قوله وكذا لو ادعى وارث المقر

فعند البعض لا يلتفت الى قوله والاصح التحليف وان كان
الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم انا لا نعلم انه كان
كاذبا

باب الاستثناء

من استثنى بعض ما اقر به
متصلا به لزمه باقيه وان استثنى كله فكله لان استثناء الكل
لا يصح وان استثنى كيليا او وزنيا من دراهم صح قيمته وان
استثنى غيرهما منها كما اذا قال الا ثوبا لم يصح هذا عندهما
لوجود المجانسة من وجه اذا كان مكيلا او موزونا وعند
محمد لا يصح في الكل لعدم المجانسة من حيث المالية ومن اقر ووصل
ان شاء الله بطل اقراره ومن استثنى بناء دار اقر بها كان
للمقر له لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء
تصرف في الملفوظ ولو قال بناؤها لي وعرصتها لك فكما قال
وفص الخاتم ونخلة البستان كبنائها لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا
وان قال له علي الف من ثمن عبد ما قبضته وعينه الضمان
للعبد فان سلمه المقر له لزمه الالف اي ان سلم المقر له ذلك
العبد الى المقر لزمه الالف والا فلا وان لم يعينه اي العبد
لزمه وما قبضته اي قوله ما قبضته لغو عنده وصل ام فصل
لانه رجوع عن موجب قوله علي فلا يصح وان كان موصولا
وعندهما ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق
كقوله من ثمن خمر اي يكون لغوا عنده وصل ام فصل وعندهما

ان وصل

ان وصل صح وان فصل لا وفي من ثمن متاع او قرض
وهي زيوف او نبهرجة او ستوقة او رصاص لزمه الجيد
عنده وصل او فصل وعندهما ان وصل يصدق لانه رجوع
عنده وبيان تغيير عندهما وفي من غصب او وديعة
ان ادعى احد هذه صدق في الاخرين انما يصدق
في الاولين وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد
ويودع ما يملك فلا يقتضي لهما الجياد ولا تعامل فيكون
بيانا للنوع فيصح وان فصل ولا يصدق في الاخرين
ان فصل لانهما ليسا من جنس الدراهم الا ان الاسم
يتناولهما مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل
وصدق في غصبت ثوبا وجاء بمعيب وفي له علي الف درهم
الا انه ينقص كذا متصلا وان فصل لا لان الاستثناء
يصح متصلا لا منفصلا ولو قال اخذت منك الفا وديعة
فهلكت وقال الاخر بل غصبا يضمن وفي اعطيتنيه وديعة
وقال الاخر غصبته لا وذلك ان في الاول اقر بموجب
الضمان وهو الاخذ وفي الثاني لم يقر بذلك بل الخصم
يدعي عليه الغصب وهو ينكره والقول للمنكر وفي هذا
كان وديعة لي عندك فاخذته وقال هو لي اخذه
اي المقر له لانه اقر باليد له ثم ادعى استحقاقها عليه وهو

ينكر والقول للمنكر. وصدق من قال آجرت فرسي او
ثوبي هذا فركبه اولبسه ورده او خاط ثوبي هذا
بكذا فقبضته هذا عنده وقالا القول قول الذي اخذ
منه العين وهو القياس ووجهه ما ذكر في الوديعة و
وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة ضرو
رية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع
فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد
مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة
وقال في الاسرار ان الخلاف فيما اذا لم يكن الدابة معروفة للمقر

باب اقرار المريض

دين الصحة مطلقا اي سواء
علم بسببه او علم بالاقرار. ودين المرض المراد مرض
الموت بسبب ما ليس من التبرعات. وعلم بلا اقرار
كبدل ما ملكه او اتلفه او مهر عرسه سواء وقدما على ما ثبت
باقراره في مرضه. خلافا للشافعي فانه يقول لا تصور في سببه
وهو الاقرار ولنا انه لا يعتبر اذا تضمن ابطال حق
الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة يتعلق
بهذا المال استيفاء. والكل اي قدم الكل يعني دين الصحة
ودين المرض الثابت بلا اقرار ودين المرض الثابت
على الارث وان شمل ماله اي استوعب جميع ماله ولا يح

ان يخص

ان يخص اي المريض مرض الموت غريما بقضاء دينه
لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين. ولا اقراره
لوارثه الا ان يصدقه البقية. الاستثناء عن الاخير
والمراد من البقية بقية الورثة اذ لا تأثير لتصديق بقية
الغرماء دين ذلك الغريم في صحة قضائه نعم لقبولهم ذلك القضاء
تأثير فيها وهو غير التصديق وهذا ظاهر من الهداية وغيره
وان خفي على من قال اي بقية الغرماء في الدين وبقية
الورثة في الاقرار لوارث فافسد الكلام لفظا ومعنى وفي
شرط التصديق خلاف الشافعي. وان اقر اي المريض بشيء
لشخص ثم بنبوته ثبت نسبه ان صادف شرائطه. وبطل
ما اقر به وصح ما اقر لاجنبية ثم نكحها. وجه الفرق ان ثبوت
النسب من وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه ولا يصح
ولا كذلك الزوجية. ولو اقر ببنوة غلام جهل نسبه ويولد
مثله لمثله اي سماه السن بحيث يولد مثل المقر له للمقر. وصدقه
الغلام اعتبار هذا الشرط لثبوت نسبه مطلقا والاقلاحاجة
اليه اذا كان مملوكا او حرا لا يعبر عن نفسه يثبت نسبه
ولو في مرض وصح اقرار الرجل والمراة بالولد والزوج والمولى
وشرط تصديق هولاء الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر
وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو



كان عبداً للغير بشرط تصديق مولاه كذا في التبيين . كما
شرط تصديق الزوج او شهادة امرأة في اقرارها بالولد
هذا اذا كانت ذات زوج وادعت انه منه على ما اشار اليه
وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة وان لم تكن
ذات زوج ولا معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد
من غيره فلا حاجة الى امر زائد على اقرارها . وصح التصديق
بعد موت المقر الا من الزوج بعد موتها مقرة . هذا عنده
لا لان حكم النكاح انقطع بالموت لظهور فساده بل لان النكاح
انقطع به ولهذا لا يصح له غسلها عندنا وعندهما يصح تصديق
الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه لان التصديق
يستند الى اول الاقرار والارث حينئذ معدوم وانما يثبت
بعد الموت فلا يصح التصديق على اعتبار الارث . ولو اقر بنسب على
الغير سواء كان من اولاد كابن الابن ذكره الزاهدي
في شرح مختصر القدوري او من غيره . والاخ لا يصح لما فيه من
تحميل النسب على الغير . فلا يرث الا عند عدم وارث . معروف
قريباً كان او بعيداً والمراد غير الزوجين لان وجودهما غير
مانع . وان اقر باخ وابوه ميت شاركه في الارث بلا نسب
لان الميراث حقه فيقبل فيه قوله واما النسب ففي ثبوته تحميل على الغير
فلا يقبل فيه . ولو اقر احد ابني ميت له على آخر دين صفة ميت



بقبض ابيه نصفه فلا شيء له والنصف للآخر . لان اقرار المقر
ينصرف الى نصيبه **كتاب الصلح** هو في الشرع عقد يرفع
النزاع صح مع اقرار وسكوت وانكار . يعني مع اقرار
المدعى عليه وسكوته وانكاره وفي الآخرين خلاف الشافعي
والاول كبيع ان وقع عن مال بمال من غير جنسه . انما قال
هذا لانه ان كان من جنسه فهو حط وابراء او قبض واستيفاء
او فضل وربوا فتجري فيه الشفعة . ان كان عن عقار او
بعقار ثم ان جريان الشفعة لا يختص بهذه الصورة بل تجري
في الآتية ايضاً اذا كان المصالح عليه داراً . والرد بعيب
وخيار رؤية وشرط . اي تثبت تلك الخيارات الكل منها .
ويفسد جهالة البدل . دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط
ويشترط القدرة على تسليمه وما استحق من المدعى يرد المدعي
حصته من العوض وما استحق من البدل رجع بحصته من المدعى
وكاجارة ان وقع عن مال بمنفعة فشرط التوقيت ان كان
مما يعلم به . انما قال هذا لان التوقيت انما يشترط اذا كان الصلح
عن مثل خدمة العبد او سكنى الدار وفيما عداه لا يشترط كما
اذا صالحه على نحو صبغ الثوب او ركوب الدابة او حمل الطعام
الى موضع . ويبطل بموت احدهما وبهلاك المحل . اي محل المنفعة
قبل الاستيفاء . وكذا . اي كالسابق ذكره بكون كالاجارة

ان وقع بمنفعة مال او بمنفعة جنس آخر. قال في التبيين الا ترى
ان الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على مال او منفعة جاز
فهذا اولى لكونه معلوما لان لها مدة متناهية لكن انما يجوز
عن منفعة على منفعة اذا كانا مختلفي الجنس. والآخران اي
الصلح مع السكوت والصلح مع الانكار. معاوضة في حق المدعي
وفداء يمين وقطع نزاع في حق الآخر فلا شفعة في صلح عن دار
مع احدهما. اي مع السكوت او مع الانكار لانه يأخذها على اصل
حقه ويعطي المال دفعا للخصومة وزعم المدعي لا يلزمه. وتجب
في صلح على دار. لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فيؤاخذ بزعمه.
وما استحق من المدعي رد المدعي حصته من العوض ورجع
بالخصومة فيه. اي يخاصم المستحق فيما استحقه. وما استحق من
البدل او هلك رجع الى الدعوى في كله او بعضه. اي ان استحق
كل البدل رجع الى دعوى الكل وان استحق بعضه رجع الى دعوى
هذا القدر من المصالح عنه. ولو صالح على بعض دار. انما قال
على بعض دار لم يقل على المدعي تخصيصا لوضع المسئلة بالعين
لان الصلح عن الكل على البعض اذا كان في الدين جائز وسيأتي
مما يدعيها لم يصح. لان بعض الدار لا يصلح عوضا عن الكل اذ به
لا يتم التعليل لبقاء احتمال آخر وهو ان يكون اخذ البعض حقه
واسقاطا للباقي كما في مسئلة الصلح عن الدين ببعضه بل لان

ما قبضه من عين حقه. وحيلته ان يزيد في البدل شيئا
فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي. او يبرئ. اي يلحق به ذكر
البراءة. عن دعوى الباقي. فان البراءة عن دعوى الاعيان
صحيحة وان لم تصح عن الاعيان كما اذا ابرئ بعض الورثة
عن نصيبه. وصح الصلح عن دعوى المال والمنفعة. كما صح
عن المال والمنفعة على ما مر. والجناية في النفس وما دونها
عمدا وخطأ. والرق ودعوى الزوج النكاح فكان عتقا بمال
اي كان الصلح بمال عن دعوى الرق عتقا بمال هذا في حق
المدعي وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم
انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء لانكار العبد الا ان يقيم البينة
فتقبل ويثبت الولاء. كذا في الهداية وهذا صريح في اختصاص
وضع المسئلة بصورة الانكار وما في حكمه من السكوت وكذا
لانه اذا اقر بانه عبده يرتفع النزاع فلا معنى للصلح بقطع النزاع
وخلعا. اي كان الصلح بمال عن دعوى الزوج النكاح خلعا
لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا
للمال لدفع الخصومة وقالوا لا يحل له ان يأخذ المال مبطلا في
دعواه وما قالوا لا يحل لها التزوج في العدة ان كان محقا
فيها لانه لا يستلزم العدة فان وجوبها مشروط بالدخول
ولم يعتبر في المسئلة. ولم يجز عن دعواها النكاح. هكذا في بعض

نسخ القدوري وهو الصحيح صرح به الزاهدي في شرحه ولذلك
اختاره المصنف ووجهه انه بذل لها المال لترك الدعوى
فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض
في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء
يقابله العوض فلم يصح وفي بعض نسخه ذكر جواز الصلح ووجهه
ان يجعل بدل الصلح زيادة في مهرها • ولا عن دعوى حد لانه
حق الله تعالى لا حقه • ولا اذا اصل ما دون اخ عمدا وصالح
عن نفسه وان كان القاتل عبدا له جاز صلحه عنه • وجه الفرق
ان رقبته ليست من تجارته فلا يجوز تصرفه فيها بخلاف
عبد فانه من تجارته فيجوز تصرفه فيه • والصلح عن مغصوب
تلف باكثر من قيمته او عرض • هذا عنده • وعندهما يبطل الفضل
على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هي القيمة وهي
مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض
لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن
الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة
وله ان حقه في الهالك باق فاعتياضه باكثر لا يكون ربوا
اذ لا مجانسة بين العبد والنقود ذكره في المبسوط ثم قال
وموضع الخلاف ما اذا لم يكن القاضي قضى بالقيمة اذ لو كان قضى
لا يجوز بالاجماع • وفي موسر اعتق نصفا له وصالح عن باقيه باكثر

من نصف قيمته بطل الفضل • هذا بالاتفاق ووجه الفرق له
ان القيمة منصوص عليها ههنا وتقدير الشرع لا يكون دون
تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليها وثمة غير منصوص عليها
• ولو صالح بعرض صح وان كان قيمته اكثر من قيمة نصف العبد •
وبدل صلح عن دم عمدا وعلى بعض دين يدعيه يلزم الموكل لا
وكيله • لان الصلح عن القود معاوضة باسقاط الحق والصلح
على بعض الدين اسقاط محض فالوكيل فيه سفير ومعبر • الا ان ضمنه
الاستثناء منقطع لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد
الصلح • وفيما هو كبيع • بان كان عن مال بمال عن اقرار واما كون
البدل من غير جنس المصالح عنه فليس بشرط كيف والصلح عن فرس
بفرس جائز وهو كبيع اذا كان عن اقرار • لزم وكيله • لان
الوكيل اصل في المعاوضة المالية • وان صالح فضولي • اي عن
جانب المدعى عليه مع المدعي عليه • وضمن البدل او اضاف الى ماله
بان قال على الف من مالي او على عبدي هذا • او اشار الى
نقد او عرض بالنسبة الى نفسه • بان قال على هذا الالف
او على هذا العبد • او اطلق • بان قال على الف درهم • ونقد
صح وان لم ينقد ان اجاز المدعى عليه لزمه البدل والا رد
لان العقد حينئذ يكون موقوفا • وصلحه على بعض جنس ماله عليه
اخذ لبعض حقه وحط لباقيه لا معاوضة • لان في حمله عليها

فساد العقد للربوا • فصح عن الف حال على مائة حالة او على الف مؤجل وعن الف جياد على مائة زيوف بحط • بعض الاصل في الاول وبحط وصفه في الثاني وهو ايضا حقه وبحطها في الثالث ففي هذه الصور يصح الصلح ولا يشترط قبض البدل • ولم يصح عن دراهم على دنانير مؤجلة • لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير حتى يمكن حمله على التأخير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تأجيله • او عن الف مؤجل على نصفه حالا • لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حط عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام • او عن الالف سودا على نصفه بيضا • لان البيض غير مستحق بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا • ومن امر باداء نصف دين عليه غدا على انه برئ مما زاد ان قبل برئ وان لم عاد دينه • هذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعود دينه لانه ابراء مطلق وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن مدخولها وهو اداء النصف لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فوجودها كالعدم ولهما انه ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته وذلك ان كلمة على وان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر حمله على المعاوضة

تصحيحا لتصرفه فان قلت مدخول على ليس بشرط بل مشروط قلت فائدة على تقييد احد جزئي الكلام بالآخر ومرجعه اشتراط ما يصلح ان يكون مشروطا بالآخر سواء كان ذلك مدخول على اولا فانها وان لم تكن داخلة في اللفظ على الشرط لكنها داخلة عليه في المعنى • وان لم يوقت لم يعد • لانه ابراء مطلق • وكذا لو صالحه من دينه على نصفه يدفعه اليه غدا وهو برئ مما فضل على انه ان لم يدفعه غدا فالكل عليه • ففي هذه الصورة ان قبل برئ عن الباقي فان لم يؤد في الغد فالكل عليه ولا خلاف لهما هنا لانه اتى بصريح التقييد وان ابراء عن نصفه على ان يعطيه ما بقي غدا فهو برئ ادى الباقي اولا • فرقا بين ما اذا قدم الابراء وبين ما اذا اخره وقالا باطلاق الابراء في الاول لانه اطلق الابراء اولا واداء الباقي لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به وتقيد في الثاني لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك هذا ما في الهداية وبهذا البيان اتضح الفرق بين الصورتين وتبين ان محل التعجب عدم الفرق بينهما • ولو علق صريحا كان اديت الي كذا او اذا او متى لا يصح • فان تعليق الابراء

بالشرط صريحًا لا يصح بخلاف ما اذا لم يكن صريحًا كما في الصور
السابقة وذلك ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد
ومعنى الاسقاط حتى لا يتوقف على القبول والاسقاط لا ينافي
تعليقه بالشرط والتمليك ينافيه فراعينا المعنيين وقلنا
ان كان التعليق صريحًا لا يصح وان لم يكن صريحًا يصح • وان
قال لآخر سرًا لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحطه عني
ففعل صح عليه ولو اعلن اخذ للحال ولو صالح احد ربي دين
اشتراك الدين بان يكون واجبًا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان
صفقة واحدة وقيمة المستهلك المشترك • عن نصفه على ثوب
اتبع شريكه غريمه بنصفه او اخذ نصف الثوب من شريكه الا
ان يضمن ربع الدين فلا حق له في الثوب • ولو قبض شيئًا
من الدين شاركه شريكه فيه ورجعا على الغريم بما بقي • لان
ما اعطاه لما كان مشتركًا بين الشريكين لم يكن للغريم ان
يقول للذي اعطاه النصف اني قد اوفيت حقك •
ولو شرى بنصفه شيئًا • اي لو اشترى احد الشريكين بنصف
الدين من الغريم شيئًا • ضمنه شريكه ربع الدين • لانه صار قابضًا
نصف الدين بالمقاصة فيضمنه شريكه نصف ذلك النصف
وهو ربع الكل • او اتبع غريمه • لان حقه في ذمته باق لان
القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله

ان يشاركه • وفي الابراء عن حظه • انما لا يرجع في هذه الصورة
لان الابراء اتلاف لا قبض • والمقاصة بدين سبق لم يرجع
الشريك • لانه قاض دينًا بالمقاصة لا قابض شيئًا • ولو ابرأ
عن البعض قسم الباقي على سهامه • فان كان الدين بينهما نصفين
وابرأ احدهما نصف نصيبه وهو الربع قسم الباقي اثلاثًا لانه
بقي له ربع وللآخر نصف • وبطل صلح احد ربي سلم من نصفه على
ما دفع • اي على ما دفع من رأس المال وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يجوز هذا الصلح وانما شرط ان يكون
على رأس المال لانه لو كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من
استبدال المسلم فيه له انه تصرف في خالص حقه فيجوز كما في سائر
الديون ولهما انه لو صح في نصيبه خاصة لزم قسمة الدين في الذمة
ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر ولم توجد • وان اخرج
احد الورثة عن عرض وعقار بمال او ذهب بفضة او عكسه
او نقدين بهما صح قل بدله او لا • انما صح عن النقدين بهما سواء
قل البدل او اكثر لانه يصرف الجنس لكن يشترط فيه التقابض للصرف
على ما مر في موضعه • وفي نقدين وغيرهما باحد النقدين لا الا ان
يكون المعطى اكثر من قسطه من ذلك الجنس • ليكون ما يساوي حصته
في مقابلتها وما فضل في مقابلة غير الدراهم احترازًا عن الربوا
وذلك لان الصلح لا يجوز بطريق الابراء لان التركة اعيان

والبرأة من الاعيان لا يجوز. ولا بد من التقابض فيما
يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر.
وبطل الصلح ان شرط فيه لهم الدين من التركة. يعني ان اخرج
احد الورثة وفي التركة ديون بشرط ان يكون الديون
لبقية الورثة بطل الصلح لانه تمليك الديون من غير من عليه
الدين ثم ذكر بصحة الصلح حيلا فقال. وان شرطوا براءة الغرماء
هذا اولى الحيل وهي ان يشترط الورثة ان يبرئ المصالح
الغرماء عن نصيبه من الدين ويصالح عن اعيان التركة
بمال وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع
على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى
للمصالح حق فيما على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا
النفع. او قضوا نصيب المصالح منه تبرعا. هذا ثانيها وهي
ان يعجل سائر الورثة قضاء نصيب المصالح من الدين متبرعين
وهو يحيل لهم حصته من الدين على الغرماء ثم يصالحونه عما بقي
من التركة وفيه ضرر النقد فانه خير من النسيئة. او اقرضوه
قدر قسطه منه. فيكون لهم عليه. واحالهم بالقرض على الغرماء
وهم يقبلون الحوالة. ثم صالحوا عن غيره. بما يصلح ان يكون بدلا
صح هذا ثالثها وهي احسنها ذكره الخصاف في كتاب الحيل.
وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل او موزون اختلاف

قال ظهير الدين المرغيناني لا يجوز لاحتمال الربوا وقال
الفقيه ابو جعفر يجوز لان ههنا شبهة الشبهة ولا عبرة لها
وذلك لانه يحتمل ان يكون في التركة من جنس بدل الصلح و
على تقدير ان يكون يحتمل ان يكون زائدا على بدل الصلح فاحتمال
الاحتمال يكون شبهة الشبهة ولقائل ان يقول حق الجواب
التفصيل بان يقال ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز
وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف.
ولو جهلت وهي غير المكيل والموزون في يد البقية صح
في الاصح. وجه عدم الصحة ان هذا الصلح بيع لا ابراء
لان البراءة عن الاعيان لا يجوز واذا كان بيعا
فاحد البدلين مجهول فلا يجوز ووجه الصحة وهو الاصح
ان التركة اذا كانت في يد بقية الورثة فالجهالة لا تفضي
الى المنازعة فيجوز. وبطل الصلح والقسمة مع دين محيط
ولا يصالح قبل القضاء في غير محيط. اي ينبغي ان لا يصالح
قبل قضاء الدين في دين غير محيط. ولو فعل قالوا صح
لان التركة لا تخلو عن قليل دين والداين قد يكون غائبا
فلو جعلت التركة موقوفة يتضرر الورثة والداين لا يتضرر
لان على الورثة قضاء دينه. ووقف قدر الدين
وقسم الباقي استحسانا ووقف الكل قياسا. وجه القياس

ان الدين يتعلق بكل جزء من التركة ووجه الاستحسان
لزوم ضرر الورثة **كتاب المضاربة** هي في الشرع عقد
شركة في الربح بمال من جانب وعمل من آخر وهي تتضمن ابداعا
عند الدفع يعني دفع المال على وجه المضاربة وتوكيلا عند العمل
وشركة عند الربح واجارة فاسدة عند الفساد فلا ربح له عنده
اي عند الفساد بل اجر مثل عمله ربح ام لا بالغا ما بلغ عندهما
ذكره في المحيط وعن ابي يوسف في غير ظاهر الرواية لا يزاد
على ما شرط ويصير اي المضارب غاصبا ان خالف ومستبضعا
ان شرط كل الربح للمالك ومستقرضا ان شرط للمضارب
انما قال ويصير اذ لا احتمال الا ان يكون المضاربة غصبا او بضاعة
او قرضا ولا تمشي وجه التغليب في امثال هذا كما لا يخفى ولا تصح
الا بمال تصح فيه الشركة وبتسليمه الى المضارب وشيوع الربح
بينهما فتفسد ان شرط لاحد منهما زيادة عشرة اذ ح لا تحقق
شيوع الربح بينهما وهو شرط الصحة قال في التحفة ومن شرط صحتها
ان يكون الربح جزءا شائعا من الجملة فاما اذا عين قدرا
فلا يصح لاحتمال ان الربح لا يكون الا هذا القدر فلا يحصل الربح
لرب المال ومنها انقطاع يد رب المال عن رأس المال ومنها
اعلام قدر الربح فكل شرط يؤدي الى جهالة الربح يفسد المضاربة
وان كان لا يؤدي اليها يبطل الشرط ويصح العقد مثل ان اشترط

ان يكون

ان يكون الوضيعة على المضارب او عليهما فالشرط باطل
ويبقى العقد صحيحا وللمضارب في مطلقها ان يبيع بنقد
ونسيئة الا باجل لم يعهد اطلاقها بان دفع اليه بالنصف
مثلا ولم يزد عليه وان يشتري ويوكل بهما اي بالبيع والشراء
ويسافر وعن ابي يوسف انه ليس له ان يسافر وعنه عن
ابي حنيفة انه ان دفع في بلده فليس له ان يسافر وان دفع
في غير بلده فله ان يسافر الى بلده ويبضع ولو رب المال و
لا تفسد هي به خلافا لزفر ويودع ويرهن ويرتهن ويؤجر
ويستأجر ويحتال بالثمن اي يقبل الحوالة على الايسر والاعسر
وليس له ان يضارب الا باذن المالك او باعمل برأيك
لان الشيء لا يتضمن مثله فلا بد من التنصيص عليه او التفويض
المطلق اليه ولا ان يقرض ويستدين وان قيل له ذلك
اي اعمل برأيك ما لم ينص عليهما اي على الاقراض والاستدانة
وهذا لان المراد من قوله اعمل برأيك التعميم فيما هو من عادة
التجار وليسا منها فصارا كالهبة والصدقة بخلاف المضاربة
فانها منها ونظيرها الشركة والخلط بمال نفسه لانهما منها
فلو شرى بالمال بزا وقصر او حمل بماله وقيل له ذلك اي اعمل
برأيك فقد تطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا
المقال وان صبغه احمر خصه بالذكر لعدم الخلاف في كونه

زيادة بخلاف السواد فانه نقصان عنده فهو شريك
بما زاد ودخل اي الصبغ تحت اعمل برايك كالخلط اي كالخلط
بماله بخلاف القصارة لانه لا يختلط به شيء من ماله فلا يضمن اي
بصبغه احمر وبالخلط بماله اذا قال اعمل برايك وله حصة صبغه
ان بيع وحصة الثوب للمضاربة اي في مالها ولا ان يجاوز
بلدا او سلعة او وقتا او شخصا عينه رب المال فان جاوز
ضمن وله ربحه ولا ان يزوج عبدا او امة من مالها اي من
مال المضاربة ولا ان يشتري من يعتق على رب المال
سواء كان بسبب القرابة او باليمين فلو شرى كان له لا لها
اي كان للمضارب لا للمضاربة ولا من يعتق عليه ان كان ربح و
فعل ضمن ما نقد من مال المضاربة وان لم يكن ربح صح فان
زاد قيمته عتق حصته ولم يضمن شيئا اذ لا صنع له في زيادة
القيمة وسعى العبد في قيمة حصته منه اي في قيمة حصة رب
المال من العبد مضارب بالنصف شرى بالفها امة فولدت
اي وطئها فولدت ولدا مساويا الفا فادعاه موسرا فصار
قيمته اي قيمة الولد الفا ونصفه سعى لرب المال في الف و
ربعها او اعتقه ولرب المال بعد قبض الالف تضمين المدعي
نصف قيمتها وجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على
فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور

الربح لان مال المضاربة اذا صار عينا مختلفة الاجناس حقيقة
او حكما كل واحد منها يساوي راس المال لا يظهر الربح بل كل واحد
يصلح ان يكون راس المال لانه يمكن ان يهلك ما سواه ويبقى هو
فقط فلا رجحان لواحد منها لكونه راس المال وربحا فاذا
زادت القيمة بعد الدعوة حتى صارت قيمة الولد الفا وخمس مائة
ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة وثبت النسب وعتق
الولد لقيام ملكه في البعض ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة
الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك اخرهما فيضاف اليه
ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق ولا بد من التعدي
ولم يوجد وله ان يستسعي الولد في راس المال ونصف
الربح لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى
كالمكاتب عند ابي حنيفة ثم اذا قبض رب المال الالف له ان
يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف الماخوذ لما استحق
براس المال لتقدمه استيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح
فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش
الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر
الملك نفذت تلك الدعوة وصارت ام ولد فيضمن
نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك فلا يشترط له
صنع ولا يضمن المضارب بدفعه مضاربة بلا اذن الى

ان يعمل الثاني في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وهو قولهما
والا ان يربح في رواية الحسن عنه وقال زفر يضمن بالدفع تصرف
اولم يتصرف وهو رواية عن ابي يوسف لانه بالدفع متعد
اذ ليس للمضارب ان يضارب وجه الظاهر ان الدفع ايداع
وهو يملكه فاذا عمل تبين انه مضاربة فيضمن ووجه الآخر
ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع وهو يملكهما فاذا ربح
ثبت الشركة فحينئذ يضمن كما لو خلطه بغيره ولو اذن
بالدفع فدفع بالثلث وقد قيل له اي وكان رب المال
قال للمضارب الاول ما رزق الله تعالى بيننا نصفان
فنصف ربحه للمالك وسدسه للاول وثلثه للثاني لان
الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك
ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم
يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل
من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس
وان قيل ما رزقك الله فلكل ثلث لان المضارب ما شرط له
هو الثلث فبقي الثلثان بين المضارب الاول ورب
المال نصفين فنصيب كل منهما ايضا الثلث ولو قيل
ما ربحت اي ما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان
ودفع بالنصف فللثاني نصف ولهما نصف لان الاول

شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال
فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول
ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ولو قيل ما رزقك الله
فلي نصفه او ما فضل فنصفان اي لو كان قال له على ان
ما رزق الله تعالى فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك
نصفين وقد دفع بالنصف فنصف للمالك ونصف
للثاني ولا شيء للاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل
فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون
للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء ولو شرط للثاني ثلثيه
فللمالك والثاني شرطهما وعلى الاول سدس يضمنه للثاني من ماله
فيكمل به ما شرط وصح شرطه للمالك ثلثا ولعبده ثلثا عمل
اي مع المضارب ولنفسه ثلثا ويبطل بموت احدهما
ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا
حيث لا يبطل المضاربة لان له عبارة صحيحة ولا ينعزل
اي ان عزل رب المال المضارب لا ينعزل حتى يعلم بعزله
فلو علم فله بيع عروضها ثم لا يتصرف في ثمنه ولا في نقد
لا حاجة الى قيد نض بل لا وجه له لان النقد لا يصير نقدا
الا بالانقلاب من المتاع ولا وجه لاعتبار هذا القيد ههنا
كما لا يخفى من جنس رأس ماله ويبدل خلافه به اي يبدل

نقد خلاف جنس رأس المال بأن كان احدهما دراهم والآخر
دنانير بذلك الجنس استحسانا والقياس ان يبدل به
لا لوجود العزل والا لكان بيع عرضها ايضا استحسانا
ولا وجه للاحتراز بقوله ولا ضرورة لانها متحققة بل
لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية ذكره في التبيين
وجه الاستحسان ان الربح لا يظهر الا عند اتحاد الجنس فتحققت
الضرورة • ولو افترقا وفي المال ديون لزمه اقتضاء ديونه
ان كان ربح اذ حينئذ يعمل بالاجرة • والا فلا لانه حينئذ
متبرع في العمل ويوكل المالك • اي بالاقتضاء لان الحقوق
ترجع الى الوكيل فلا بد من توكيل المضارب المالك
اذا امتنع عن الاقتضاء لعدم الربح وكذا سائر الوكلاء
فانهم يوكلون الملاك اذا امتنعوا عن الاقتضاء • والبياع
وهو الدلال • والسمسار • هو اسم لمن يعمل للغير بالاجرة • وما هلك
صرف الى الربح اولا فان زاد على الربح لم يضمنه المضارب
لانه امين • وان قسم الربح وفسخ عقدها • والمال في يد المضارب
ثم عقدت فهلك المال او بعضه لم يترادا الربح وان لم يفسخ
ثم هلك ترادا واخذ المالك ماله وما فضل قسم وما نقص
لم يضمنه المضارب لما مر • ونفقة مضارب عمل في مصره في ماله
كدوائه • قوله كدوائه اشارة الى انه لا دخل في النفقة وهذا على

ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يدخل فيها • وفي سفره طعامه
وشرابه وكسوته واجرة خادمه وغسل ثيابه والدهن في
موضع يحتاج اليه كالحجاز • وركوبه شراء وكراء وعلفه في
مالها بالمعروف وضمن الفضل • اي ان انفق زائدا على المعروف
ضمن الزيادة • ورد ما بقي في يده بعد قدومه مصره الى مالها
اي ما بقي مما ذكر • وما دون سفر يغدو اليه ولا يبيت باهله
كالسفر وان بات ثمة كسوقة مصره فان ربح اخذ رب المال ما انفق
من رأس ماله • اي اخذ من الربح ما انفقه المضارب من رأس
المال حتى يتم رأس فان فضل شيء قسم • مضارب بالنصف
شرى بالفها بزا وباعه بالفين وشرى بهما عبدا فضاعا في يده
اي ضاع الالفان في يد المضارب قبل التسليم للبائع • غرم
المضارب ربعها • لانه ملك المضارب • والمالك الباقي وربع
العبد للمضارب وباقيه لها ورأس المال الفان وخمسمائة
لان رب المال دفع اولا الفا ثم دفع الفا وخمسمائة • ورابح
على الفين • اي ان باعه مرابحة يقول قام علي بالفين • فقط
اي لا يذكر خمسمائة لان الشراء وقع بالفين فلا يضم الوضيعة
التي وقعت بسبب الهلاك في يد المضارب • ولو بيع ضعفها
فحصتها ثلثة الاف والربح نصف الف بينهما • لان ربع العبد
وهو الالف ملك المضارب خاصة ولان الفين وخمسمائة

رأس المال • ولو شرى من رب المال بألف عبدا شراه بنصفه
اى شرى رب المال ذلك العبد بنصف الالف • رابح بنصفه
لان شراء المضارب من رب المال وان كان جائزا ففيه
شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة فيعتبر اقل الثمنين
وكذا لو كان بالعكس على ما مر فى باب المرابحة • ولو شرى بالفها
عبدا يعدل ضعفه فقتل رجلا خطأ فربع الفداء عليه وباقيه
على المالك • اى اذا امتنعا من الدفع واختار الفداء يعنى ارش
الجناية يفديان بقدر الملك والعبد ربعه للمضارب
لان رأس المال الف والعبد يساوى الفين • واذا فديا
خرج عنها • اى خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب
لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة
واما نصيب رب المال فلقضاء القاضى بانقسام الفداء
عليهما لانه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهى بالقسمة
فيخدم المضارب يوما ورب المال ثلثة ايام • ولو شرى عبدا
بالفها وهلك الالف قبل نقده دفع رب المال ثمنه • اى المضارب
مرة اخرى • ثم وثم • اى هكذا ان هلك فى الدفعة الثانية والثالثة •
وجميع ما دفع رأس ماله وصدق فى مضارب قال معى الف
دفعته الى والف ربحت لمالك قال الكل دفعت • كان
ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر

لان

لان المضارب يدعى عليه الشركة فى الربح وهو ينكر والقول
قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر لان الاختلاف فى الحقيقة فى مقدار
المقبوض وفى مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا
لانه اعرف بمقدار المقبوض • ومالك • اى صدق مالك
ان اختلفا معه • اى مع اختلاف السابق • فى مقدار الربح
لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته • وايهما
اقام حجة • اى على ما ادعى من فضل • قبلت • لان البينات للاثبات •
ولو قال من معه الف هو مضاربة زيد وقد ربح صدق زيد •
اى مع اليمين • ان قال بضاعة • لان المضارب يدعى عليه
تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعى الشركة فى الربح وهو ينكر •
كما لو قال قرض وقال زيد بضاعة او وديعة او غصب •
لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر • ولو قال المالك
عينت نوعا صدق المضارب • اى مع اليمين • ان جحد لان
الاصل فى المضاربة العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط
بخلاف الوكالة فان الاصل فيها الخصوص • ولو ادعى كل نوعا صدق
المالك • لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته •

كتاب الوديعة

هى فى الشريعة • امانة تركت للحفظ •
وفى اللغة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك • فلا يضمنها المودع
ان هلكت • اى بلا تعد منه • وله حفظها بنفسه وامينه

لم يقبل وعياله لان الدفع الى العيال انما يجوز بشرط الامانة
وعند كفقه لا حاجة الى كونه عيالا قال في الذخيرة لو دفعها
الى امين من امنائه وليس في عياله يجوز وعليه الفتوى والسفر بها
والسفور الخروج الى السفر وهو قطع المسافة كذا في الصحاح
فكلاهما مصدران وانما اختار الاول لانه اراد بيان جواز
الخروج عن موضع دفع الوديعة اليه في ذلك الموضع عند
عدم النهي والخوف فان نهي عنه اوكان الطريق مخوفا
فسافر فهلك الملك ضمن واعتبر ابو يوسف ومحمد شرطا آخر وهو
ان لا يكون له حمل ومؤنة غير ان عند محمد هذا اذا بعدت المسافة
اما اذا قربت فله ان يسافر بها ذكره في الحقائق وقال
الشافعي ليس له ذلك على كل حال ولو حفظ بغيرهم ضمن الا اذا
خاف الحرق او الغرق فوضعها عند جاره او في فلك
آخر وان حبسها بعد طلب ربها قادرا على التسليم او جحدها
بعده اي بعد طلبه لم يقبل منعه لان التأثير للجحود عنده اذ يجوز
ان يكون الجحود عنده بعد طلب الظالم ثم اقر بها اولا وان جهل
المودع الوديعة عند الموت يصير غاصبا او خلط بماله او
بمال آخر لا يتميز ولا سبيل للمودع عليه عنده وكذا عندهما ان
خلطها بخلاف جنسها وان خلطها بجنسها وهو غير مايع شركة
ان شاء عندهما وان كان مايعا فعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا

للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس
لا يغلب الجنس او تعدى فلبس ثوبها او ركب دابتها
او انفق بعضها ثم خلط مثله بما بقي او حفظ في دار امر به في
غيرها ضمن وان اختلطت بلا فعله اشتركا ولو زال التعدي
زال ضمانه خلافا للشافعي ومعنى زوال ما يؤدي اليه عندهما
وانما قلنا هذا لان زواله حقيقة لا يمكن لان حقيقة الضمان
بعد الهلاك وبعده لا يمكن الازالة ولا يدفع الى احد المودعين
قسطه بغيبة الآخر خلافا لهما قال في المحيط منهم من حقق الخلاف
في المكيل والموزون خاصة وقيل الخلاف في الكل والاول
اشبه بالصواب واختاره في الهداية ولا احد المودعين
دفعها الى الآخر فيما لا يقسم ودفع نصفها فقط فيما يقسم اي
ان كانت الوديعة مما لا يقسم يحفظها احدهما باذن الآخر
وان كانت مما يقسم لا يجوز لاحدهما ان يدفعها الى الآخر
للحفظ بل يقسمان فيحفظ كل واحد نصفه هذا عنده وعندهما
يجوز الدفع الى الآخر فيما يقسم ايضا وضمن دافع الكل النصف
لا قابضه لان مودع المودع لا يضمن عنده ولو نهي عن
الدفع الى عياله فدفع الى من له منه بد ضمن والى من لا بد له
كدفع الدابة الى عبده وشيء يحفظه النساء الى عرسه لا كما
لو امر بحفظها في بيت معين من دار فحفظ في آخر منها هذا

اذا لم يكن بين البيتين تفاوت ظاهر بان كان في احدهما
عور ظاهر ولذلك قال ان لم يكن له خلل ظاهر ولو اودع
المودع فهلك ضمن الاول فقط وقالا يضمن المالك ايا شاء
وان ضمن الآخر رجع الى الاول لهما ان المالك لم يرض بايداع غيره
فيكون الاول متعديا بالتسليم والآخر بالقبض فيخير بينهما وله
انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور
رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه
بذلك واما الآخر فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع كما
اذا القت الريح في حجره ثوب غيره ولو اودع الغاصب لم يضمن
ايا شاء هذا بالاتفاق ولو ادعى كل من رجلين الفا مع ثالث
انه له اودعه اياه فنكل لهما اي عجزا عن البينة فحلفه القاضي
لكل واحد فنكل عن التحليف لهما ولايهما بدأ القاضي بالتحليف
جاز والاولى عند التشاح ان يقرع بينهما نفيا لتهمة الميل
وعند النكول للاول لا يقضي به حتى يحلفه للثاني لينكشف
وجه القضاء هل هو لهما او لاحدهما بخلاف ما اذا اقر لاحدهما
فانه يحكم به له لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول لا يكون
حجة الا بالقضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء فهذا والف
آخر عليه لهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما سواء كان ببذله
او باقراره وذلك حجة في حقه ويصرف الالف اليهما صار

قاضيا بنصف حق كل واحد بنصف فيغرمه كتاب
العارية هي في الشرع تمليك منفعة بلا بدل وقال
الكرخي والشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير ونحن
نقول انها تنبئ على التمليك لانها مأخوذة من العرية وهي
العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة
لذلك فاقتضت تمليكا ولهذا انعقد بلفظه والمنافع
قابلة للتمليك كالوصية بخدمة العبد وتصح باعرتك ومنحتك
المنحة اسم للعطية التي ينتفع الانسان بها زمانا ثم يردها
على صاحبها كذا في البدايع واذا اريد بها الهبة افاد ملك
العين والا بقي على اصل وضعه فحمل على العارية واطعمتك
ارضي وحملتك على دابتي واخدمتك عبدي وداري
سكنى هو جعل سكنى الدار له من غير عوض وسكنى الدار
منفعتها المطلوبة منها عادة فقد اتى بمعنى العارية وعمري
سكنى اي داري لك عمري سكنى فعمري مفعول مطلق لفعل
محذوف تقديره اعمرتها لك عمرى والعمرى جعل الدار
لاحد مدة عمره وسكنى تمييزه ويرجع المعير فيها متى شاء و
لا يضمن بلا تعد ان هلكت خلافا للشافعي ومحل الخلاف
ان يهلك في غير حالة الانتفاع اذ لو هلك في حالة الانتفاع
لا يضمن بالاجماع وكذا لو هلك فيها لا بالانتفاع في احد قوليه

وفي قوله الآخر يضمن كذا في الحقائق • ولا نوجر • لان الشيء
لا يتضمن ما فوقه • فان آجرها فعطبت ضمنه المعير ولا يرجع على
احد او المستاجر عطف على الضمير المنصوب في ضمنه • ويرجع
على موجره ان لم يعلم انها عارية • دفعاً لضرر الغرور بخلاف
ما اذا علم • ويعار ما اختلف استعماله اولا ان لم يعين منتفعاً
اي ان اعار شيئاً ولم يعين من ينتفع فللمستعير ان يعيره
سواء اختلف استعماله كركوب الدابة او لم يختلف كالحمل عليها
وما لا يختلف ان عين • اي ان عين من ينتفع به فان لم يختلف
استعماله يعيره وان اختلف لا • وكذا الموجر • اي للمستاجر ان
يعيره مطلقا ان لم يعين الموجر من ينتفع به وان يعير
ما لا يختلف استعماله فقط ان عينه وعند من قال العارية
اباحة الانتفاع بملك الغير ليس للمستعير الاعارة لان
المباح له لا يملك الاباحة بخلاف من ملك المنافع فان له
ان يملكها غيره • فمن استعار دابة او استاجر مطلقاً له
ان يحمل ويعير له • اي للحمل • ويركب ويركب واياً فعل تعين و
ضمن بغيره وان اطلق الانتفاع في الوقت والنوع انتفع
ما شاء اي وقت شاء • وان قيد ضمن بالخلاف الى شر فقط •
التقييد اما ان يكون في الوقت فقط او في النوع فقط او فيهما
فان عمل على موافقة القيد فظاهر وان خالفه فان كان الخلاف

الى مثل

الى مثل او الى خير لا يضمن والى شر يضمن • وكذا التقييد بالآلة ونوع
او قدر • اي ان وافق او خالف الى مثل او خير لا يضمن او الى
شر يضمن • وردها الى اصطبل مالكها او مع عبده او اجيره
مسانهة او مشاهرة • بخلاف اجيره مياومة اذ ليس في
عياله فيضمن بالتسليم اليه فدلت المسئلة على ان المستعير لا يملك
الايداع • او مع اجير ربها او عبده يقوم على دابته او لا
هذا على الاصح تسليم • فبالهلاك بعده لا يضمن • كرد مستعار غير
نفيس الى دار مالكه • فان هذا تسليم بخلاف النفيس كالجوهر حيث
لا يرد الا الى المعير بخلاف رد الوديعة والمغصوب الى
دار مالكها • فان هذا لا يكون تسليماً بل لا بد من الرد الى المالك
وعارية النقدين والمكيل والموزون والمعدود قرض
فيضمن لو هلكت في يده قبل الانتفاع وانما كان قرضاً لان
العارية تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك
عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض
والقرض ادناهما فيثبت قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما
اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعيرها ميزانا او يزين بها
دكانا لم تكن قرضاً ولا يكون له الا المنفعة المسماة • وصح
اعارة البناء او الغرس وله ان يرجع عنها ويكلف قلعهما
ولا يضمن ان اطلق • اي لا يضمن المعير ما نقص من البناء والغرس

بالقلع ان كانت الاعارة مطلقة اى غير موقتة وضمن ما نقص
بالقلع ان وقت اى وقت الاعارة ورجع عنها قبل ذلك
الوقت وانما يضمن للغرور وفى صورة الاطلاق ما غره بل
اغتر المستعير حيث اعتمد على الاطلاق وكره الرجوع قبله
اى قبل الوقت المعهود لان فيه خلف الوعد ولو اعار للزرع
لا يؤخذ حتى يحصد وقت او لا لان للزرع نهاية معلومة
وفى تركه مراعاة الحقين بخلاف الغرس اذ ليس له نهاية معلومة
واجرة رد المستعار والمغصوب والمستاجر على المستعير و
الغاصب والموجر لان رده واجب على الاولين والاجر مؤنة
الرد بخلاف الكا فان الواجب عليه التمليك والتخلية دون
الرد ويكتب المعار قد اطعمتنى ارضك لا اعرتنى اذا اعيرت
للزراعة من اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتنى
عنده لان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص الزراعة
والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه وقالا يكتب انك
اعرتنى لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع
اولى كتاب الهبة هى فى الشرع تمليك مال للحال بلا عوض
لم يقل تمليك عين لان العين قد لا يكون مالا وانما زاد قيد الحال
احترازا عن الوصية وتنعقد لم يقل وتصح لان الصحة امر
وراء الانعقاد لها شرائط ان صادفتها تصح والا تنعقد

فاسدة

فاسدة والكلام ههنا فى بيان انعقادها بالفاظ مخصوصة
بوهبت ونحلت واعطيت واطعمتك هذا الطعام فان
الطعام اذا انسب الى ما يطعم عينه كان هبة واذا انسب الى
ما لا يطعم عينه كالارض يكون عارية وجعلت هذا لك
لان حرف اللام للتمليك واعمرتك وجعلته لك عمرى لقوله
عليه السلام من اعمر عمرى فهى للمعمر له ولورثته من بعده بخلاف
ما اذا قال دارى لك عمرى سكنى لان قوله سكنى يجعله عارية على
ما مر وحملتك على هذه الدابة بنيتها وكسوتك هذا الثوب
ودارى لك هبة تسكنها لان قوله تسكنها مشورة
وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود وفى هبة سكنى لان
قوله سكنى تمييز فيكون تفسيرا لما قبله فيكون عارية وسكنى
هبة اى دارى لك بطريق السكنى حال كونه هبة او وهو موهوب
او نحلى سكنى النحلى اسم من النحلة اى الاعطاء تقديره نحلتها
نحلى ثم قوله سكنى تمييز او سكنى صدقة اى دارى لك بطريق
السكنى حال كون السكنى صدقة او صدقة عارية اى دارى
لك حال كونها صدقة بطريق العارية فعارية تمييز فهم منه
المنفعة او عارية هبة اى دارى لك بطريق العارية
حال كونها هبة فلما قال عارية فهم منها المنفعة فمعناه حال
كون المنافع موهوبة لك عارية مبتدأ خبره مقدم

وتتم بالقبض الكامل الا ان الكمال تختلف بحسب تحمل الموهوب
فالقبض الكامل في المنقول ما يناسبه وفي العقار ما يناسبه
فقبض مفتاح الدار قبض لها والقبض الكامل فيما يحتمل القسمة
اصالة وذلك بالقسمة وفيما لا يحتملها تبعا القبض الكل وتصح
ان قبض في مجلسها بلا اذن وبعده به لا لان الهبة دليل
الاذن لان دلالتها مشتركة فلا يصح التمسك بها في احدى
الصورتين دون الاخرى بل لان القبض بمنزلة القبول في
الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك فيكون
الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق
لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد
بالمجلس فكذا ما يلحق به كمشاع لا يقسم اي الذي اذا قسم
لا يبقى منفعته كالرحى والحمام والبيت الصغير لا فيما يقسم
خلافا للشافعي لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره
كالبيع بانواعه ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط
كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب
ولا فرق عندنا بين ان يهب من الشريك وبين ان يهب
من الاجنبي والمفسد هو الشيوع المقارن لا الشيوع
الطاري كما اذا وهب ثم رجع في البعض الشايع او استحق
البعض الشايع بخلاف الرهن فان الطاري ايضا مفسد فيه

فان قسم

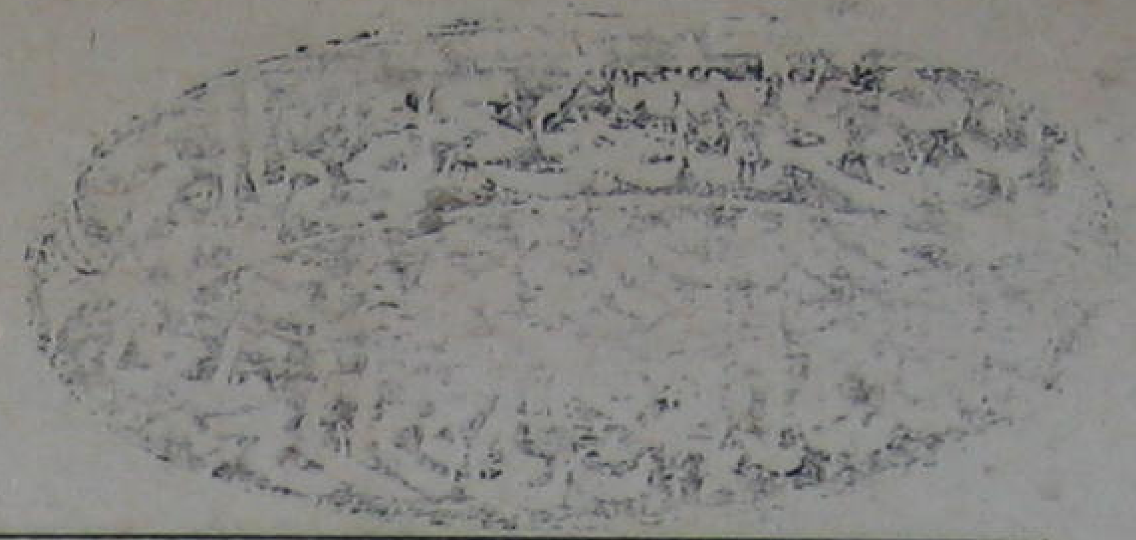
فان قسم اي بعد ما وهب النصف المشاع مثلا وسلم صح
لان تمامها بالقبض ولا شيوع عنده وان وهب دقيقا
في بر او دهنا في سمسم لا وان طحن او خرج وسلم وكذا السمن
في اللبن لان الموهوب معدوم وقت الهبة والمعدوم
ليس بمحل للملك بخلاف المشاع وهبة لبن في ضرع وصوف
على غنم وزرع ونخل في ارض وتمر في نخل كالمشاع اي لا يجوز
هبة هذه الاشياء لكن ان فصلت عن ملك الواهب وقبضت
تصح وتتم هبة ما مع الموهوب له بلا قبض جديد وما وهب لطفله
بالعقد وما وهب اجنبي له بقبضه عاقلا او قبض ابيه او جده
او وصي احدهما او امه معها او اجنبي يربيه وهو معه وزوجها
لها بعد الزفاف اي زوج الصغيرة الموهوب لها لا اهلها
لكن بعد الزفاف وصح هبة اثنين دارا لواحد لان الكل يقع
في يده بلا شيوع وعكسه لا هذا عنده وعندهما تصح لانها هبة
الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من
رجلين وله ان هذا هبة النصف من كل واحد فيثبت الشيوع
بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كاملا
كتصدق عشرة على غنيين فانه لا يصح عنده وكذا اذا وهب
لهما للشيوع وعندهما تصح لان الصدقة على الغني يراد بها
الهبة مجازا والهبة لاثنين جائزة لعدم الشيوع عندهما

وصح على فقيرين. لان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو
واحد فلا شيوع وكذا لو وهب العشرة لهما لان الهبة على الفقير
صدقة

باب الرجوع عنها

من وهب ثم رجع صح
لقوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب اى ما لم يعوض
وقال الشافعي لا يصح الا في هبة الوالد لولده لقوله عليه السلام
لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ونحن نقول
المراد نفي الاستبداد في الرجوع واثباته للوالد لانه يتملكه للحاجة
وذلك يسمى رجوعا. ومنعه الزيادة متصلة كبناء وغرس
وسمن لا منفصلة كولد وارش وعقر. وموت احد العاقدين
وعوض اضيف اليها ولو من اجنبي نحو خذه عوض هبتك
او بمقابلتها. فقبض فلو وهب ولم يضف رجع كل بهبته
فيه اشارة الى انه ليس بعوض حقيقة بل هو تمليك مبتداء ولهذا
يشترط فيه القبض ويجوز باقل من الموهوب من جنسه في المقدرات
وخروجها من ملك الموهوب له والزوجية وقت الهبة فلو وهب
بها ثم نكحها رجع ولو وهب لها ثم ابانها لا وقرابة المحرمية خلافا
للشافعي في الولد على ما مر. وهلاك الموهوب وضابطها
حروف دمع خزقه الدال الزيادة والميم الموت والعين العوض
والخاء الخروج والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء
الهلاك. ورجع في استحقاق نصف الهبة بنصف عوضها لا

استحقاق نصف العوض حتى يرد ما بقي. وقال زفر لا يرجع بالنصف
اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء
وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض له الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه
في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولو لم يسلم فله ان يرده. ولو عوض
نصفه رجع ما لم يعوض فلو باع نصفها او لم يبع شيئا رجع
في النصف. لان له الرجوع في الكل ففي النصف اولى. ولا يصح
الا بتراض او حكم قاض فلو اعتق اى الموهوب له الموهوب
بعد الرجوع قبل القضاء صح ولو منعه. اى منع الموهوب له الموهوب
عن الواهب بعدما رجع قبل القضاء او بعده فهلك لم يضمن لان
يده غير مضمونة الا اذا طلبه بعد القضاء ثم منعه بعد القدرة على التسليم
وهو مع احدهما اى الرجوع مع التراضي وقضاء القاضي
فسخ من الاصل لا هبة للواهب فلم يشترط قبضه وصح في المشاع و
ان تلف الموهوب اى في يد الموهوب له. فاستحق فضمن الموهوب له
لم يرجع على واهبه. لانه عقد تبرع فلا يستحق فيها السلامة وهو غير
عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة في سبب الرجوع لا
في غيره. ومن شرط العوض هبة ابتداء فشرط قبضهما اى قبض
العوضين وتبطل بالشيوع بيع انتهاء اى عند القبض فيرد
بالعيب وخيار الرؤية ويثبت الشفعة. وقال زفر والشافعي
هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع والعبرة في العقود



للمعاني ولنا انه اشتمل على جهتين فنجمع بينهما ما امكن
عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فيجري فيه
احكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فيجري فيه احكام
البيع ولا تنافي بين حكميهما لان الهبة من حكمها تأخر الملك
الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه
اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض **فصل**
من وهب امة الا حملها او على ان يردها عليه او يعتقها
او يستولدها او وهب دارا او تصدق بها على ان يرد
عليه منها شيئا او يعوضه شيئا منها صحت وبطل استثناؤه
وشرطه لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت
فاسدة والهبة لا تبطل بها قيل فيه اشكال فانه ان اراد به
الهبة بشرط العوض فهي والشرط جايزان فلا يستقيم قوله
بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة
فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها
ونحن نقول المراد هو الثاني ولا تكرار لان في عبارة العوض
مظنة الصحة كما لا يخفى ثم انه لا فرق بين ان يكون الشيء
الذي شرط رده او كونه عوضا قدرا معلوما او مجهولا
لان كلا منهما يخالفان مقتضى العقد ولو اعتق الحمل ثم وهبها
صحت اي الهبة لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء



ولو دبره ثم وهبها لا لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه
الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة
المشاع او هبة شيء مشغول بملك المالك ومن قال لغريمه
اذا جاء غد فهو لك وانت منه بريء فهو باطل لما مر
ان التعليق الصريح في الابراء لا يصح وجاز العمرى للمعمر له
حال حياته ولورثته بعده وهي جعل داره له مدة عمره
واذا مات يرد عليه هذا الشرط باطل على ما دل عليه الحديث
المار ذكره وبطل الرقبى الرقبى اسم من الرقوب وهو الانتظار
كانه ينتظر موته وهي ان مت فهو لك لانه تعليق التمليك
بخطر وقال ابو يوسف يصح لانها تمليك للحال واشتراط الاسترداد
وبعد موته فمرجع الاختلاف الى تفسيرها والصدقة كالهبة
لا يصح الا بقبضه ولا في مشاع يقسم لانها تبرع كالهبة
فيلزم فيها ما يلزم في الهبة ولا عود فيها لان المقصود
هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا
لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب
لفقير لحصول المقصود

كتاب الاجارة

قال ابو هلال
قال الاخفش من العرب من يقول آجرت غلامي اجرا فهو مأجور
وآجرته ايجارا فهو موجر وآجرته على فاعلته فهو مواجر
وقال المبرد يقال آجرت داري ومملوكي غير ممدود وآجرت

ممدوداً والأول أكثر إيجاراً وإجارةً إلى ههنا كلام الكرماني
ذكره النووي في تهذيب الأسماء. وهي في اللغة اسم للأجرة
كالجعالة وفي الشرع تمليك نفع بعوض والمعلومية في البدلين
إنما هي شرط في الصحيح منها ومطلق الإجارة تنتظم الفاسدة
دين أو عين أو منفعة. قال في باب إجارة المنافع من المحيط
المنفعة إذا قوبلت بجنسها لم يصح العقد نحو أن يستأجر داراً
بمنافع دار بمنافع دار وإن قوبلت بغير جنسها جاز كما
إذا استأجر الدابة بخدمة العبد وقال الشافعي يجوز في الفصلين
ويعلم النفع بذكر المدة كسكنى الدار وزراعة الأرض مدة
كذا طالت أو قصرت لكن في الوقف لا يصح فوق ثلث سنين في
المختار. ذكر بعض مشايخنا في شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز
الإجارة الطويلة على الأوقاف أن يعقد عقوداً
متفرقة كل عقد على سنة فيكون العقد الأول لازماً والباقي
غير لازم لأنه مضاف وقال صاحب الذخيرة هذه الحيلة عندي
ضعيفة لأن من لم يجوز الإجارة الطويلة على الوقف إنما
لم يجوز صيانة للوقف عن البطلان فإن الوقف إذا بقي
في يد المستأجر مدة طويلة والناس يرونه يتصرف تصرف
الملاك يقع في قلبهم أنه ملكه فيشهدونه وادعاه يوماً من الدهر
فيبطل الوقف وفي حق هذا المعنى لا فرق بين أن يكون الإجارة

معقودة بعقد واحد وبين أن تكون بعقود متفرقة
ولا يذهب عليك أن الفرق بينهما واضح فإنه إذا كانت الإجارة
بعقود متفرقة لمتولي الوقف أن يفسخ الإجارة إذا خاف
بطلان الوقف من جهة ما ذكر لأنها غير لازمة في غير العقد
الأول بخلاف ما إذا كان بعقد واحد فبهم الضعف
من ضعف الفهم. ويذكر العمل كصبغ الثوب وخياطته وحمل
قدر معلوم على دابة مسافة علمت وبالإشارة كنقل هذا إلى
ثمة ولا يملك الأجرة بالعقد. خلافاً للشافعي لا خلاف في
أن وجوبها بسبب العقد كما أن وجوب تسليم المنفعة بسببه
نعم أنكر أصحابنا وجوبها عقيب العقد وقالوا إنها تجب بالعقد
مؤجلاً موقوفاً على تحقق أحد الأمور الآتي ذكرها وفي عبارة
الهداية إشارة إلى أن المراد من الوجوب المنفي منهما معنى
الملك ومن غفل عنه تعسف في توجيه قوله. بل بتعجيلها
أو بشرطه. هذا إذا لم تكن مضافة ذكره في وقف الخانية وجمعوا
على أن الأجير لا يملك في الإجارة المضافة باشتراط التعجيل.
أو بالتمكن باستيفاء النفع. فهم منه بطريق الدلالة وجوبها
عند الاستيفاء. بل نقول لما وجب بالتمكن من الاستيفاء
وهو متقدم على الاستيفاء لم يحتج أن يبحث كيلا يلزم تكرار الوجوب
فتجب لدار قبضت ولم يسكنها وتسقط بالغصب بقدر فوت

تمكنه وللموجر طلب الاجرة للدار والارض كل يوم الا ان يبين
وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التأجيل وللدابة
لكل مرحلة وقال زفر لا تجب الا بعد انتهاء السفر وللقصارة
والخياطة اذا عملت وان عمل في بيت المستاجر انما قال
هذا لانه اذا عمل في بيت المستاجر فسرق الثوب بعد ما خاط بعضه
فله الاجرة بقدر ما خاطه فكان هذا مظنة ان يتوهم ان
الاجرة تجب بقدر العمل اذا كان في بيت المستاجر مطلقا
فدفعه بما ذكر ووجه الفرق انه بالسرقة انتهى عمله على البعض
وهو معلوم بالنسبة الى الكل فيجب اجر ما عمل بخلاف
ما اذا لم يثبت العمل على البعض فانه لا يمكن ان يطلب الاجرة
بكل عمل قليل ولا تقدير للابعاض فيتوقف الطلب على كل العمل
وللخبز بعد اخراجه من التنور فان احترق يعني من غير فعله
بعد ما اخرج وهو في بيت المستاجر فله الاجر لانه صار مسلما
بالوضع في بيته ولا غرم لانه لم توجد منه الجناية وقالا يغرم
مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة
التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر وقبله لا ويغرم
ذكر في غاية البيان اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان
في قول اصحابنا قال في شرح الطحاوي قال ابو حنيفة في هذا
هو ضامن لانه مما جنته يداه بتقصيره في القلع من التنور

فان ضمنه

فان ضمنه قيمته مخبوزا اعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يعطه الاجر
وللطبخ بعد الغرف اعتبارا للعرف ولضرب اللبن بعد اقامته
وقالا لا يستحق حتى يشرجه لان التشريج وهو تنضيده وضم بعضه
الى بعض من تمام عمله وعنده هو زائد كالنقل ويفتى بقولهما
ذكره في العيون وهذا اذا ضرب اللبن في ملك المستاجر
اما اذا ضربه الاجير في ملك نفسه لا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه
بعد اقامته وعندهما بعد عليه بعد التشريج ذكره في الحقائق
ومن لعمله اثر في العين سواء كان ذلك الاثر مالا كالنشاء
والبيض في عمل قصار يقصر بهما او لم يكن مالا كالنسج والصبغ
وهذا لان القائم بالثوب لون الصبغ لا عينه ذكره في المبسوط
والمصنف اورد لكل من النوعين مثالا فقال كصباغ
وقصار يقصر بالنشاء والبيض له حبسها للاجر قال في المبسوط
والحاصل ان كل اجير يكون اثر عمله قائما في المعمول كالنساج
والصباغ والنعال فله حق الحبس لان المعقود عليه الوصف
الذي احدثه في الثوب وهو قائم فيكون له ان يحبسه ببدله
وكل من ليس لعمله اثر في المعمول كالحمال فانه لا يستوجب الحبس
لان المعقود عليه نفس العمل ولم يبق بعد الفراغ منه فلا يكون له ان يحبسه
فان حبس فضاع فلا غرم ولا اجر وقالا العين كانت مضمونة
قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له

وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وله انه غير متعد في الحبس فبقي
امانة عنده كما كان ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم
ومن لا اثر لعمله كالحمال والملاح وغاسل الثوب لا يحبس له الا راد الآبق
فان له حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان
على شرف الهلاك وقد احياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس
وقال زفر ليس له حق الحبس سواء كان لعمله اثر ام لا ومن اطلق له
العمل له ان يستعمل غيره الا اذا قيد بيده كما اذا اجره ان يخيط بيده
ولاجير المجيء بعياله ان مات بعضهم وجاء بمن بقي اجره بحسابه
ومراده اذا كانوا معلومين وحكي عن الفقيه ابي جعفر ان
تأويل المسئلة اذا كانت المؤنة تقل بنقصان العدد اما اذا كانت
مؤنة الكل ومؤنة البعض سواء فانه يجب كلا كذا في الجامع الصغير
البرهاني ولا اجر لحامل الكتاب للجواب ولحامل الطعام ان رده
للموت خلافا لمحمد في الاول فانه اجر الذهاب عنده لانه اوفى
في بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة ولهما ان المعقود عليه
نقل الكتاب وقد نقضه ولو ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد
يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وزفر في الثاني
فان عنده له الاجر في الطعام دون الكتاب وصح استيجار
دار او دكان بلا ذكر ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى
فينصرف اليه اذ المتعارف كالمشروط وانه لا يتفاوت فيصح العقد

لا ينتظم

لا ينتظم قوله وله كل عمل سوى موهن البناء كالقصارة
لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه بمطلق العقد
ولو عين الساكن له ان يسكنه غيره لان التقييد غير مفيد لعدم
التفاوت بخلاف ما لو عين اللابس او الراكب عند استيجار
الثوب والدابة فانه ليس له ان يلبسه غيره ويركبه غيره
للتفاوت في اللبس والركوب وله ذلك ان عمم بان قال
على ان يلبس او يركب من شاء وان ابهم بان لم يذكر شيئا
يدل على واحد من العموم والخصوص فسد لان لبس بعض الاشخاص
وركوبه غير معلوم عرفا لينصرف مطلق العقد اليه بل الكل متعارف
ومما يقع التفاوت فما لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا حكم
بالجواز من الذخيرة وان سمى نوعا وقدر حمل الدابة نحو كر بر فله
حمل مثله ضررا واقل كالشعير لا اضر كالملح وضمن بارداف رجل معه
وقد ذكر ركوبه اي ركوب المستأجر من غير ذكر الرديف
نصف قيمتها بلا اعتبار الثقل لان الدابة يعقرها جهل الراكب
الخفيف لجهله بالفروسية ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بها
وبالزيادة على حمل ذكر ما زاد الثقل لانه عطب بما هو ماذون فيه
وغير ماذون فيه فالسبب الثقل فانقسم عليهما ان اطاقت
يعني ان اطاق الدابة حمل الاثنين في المسئلة الاولى وحمل المشروط و
ما زاد في الثانية والا الكل قيمتها اي ان لم يطق الدابة ذكر

يضمن المستأجر كل قيمتها • كعطبها بضربه وكبحه • يقال كبح الدابة
بلجامها اي جذبها الى نفسه لتقف ولا تجرى يعني يضمن هلاك
الدابة بسبب الضرب او الكبح كل قيمتها وهذا عنده وقالا لا
اذا فعل فعلا متعارفا بلا اذن الموجر ذكره في الحقائق ••
وجوازها عما استوجرت اليه ولو ذاهبا او جائيا وردها
بالجر عطف على جوازها اي يضمن بجواز الدابة عن موضع استوجر
ثم ردها الى ذلك الموضع وان كان الاستيجار ذاهبا او جائيا
وانما قال هذا نفيا لما قيل انه انما يضمن اذا استأجرها ذاهبا
فقط لان الآن الاجارة قد انتهت بالوصول الى ذلك
الموضع فيضمن بالجواز عنه واما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا
فجاز عن ذلك الموضع ثم ردها اليه لا يضمن كالمودع اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق وقال صاحب الهداية الاصح عدم الوفاق
ثم ان الضمان اذا كان العطب بالجواز وان لم يكن فلا ضمان
وقد افصح عن ذلك عطف قوله جوازها على ضربه في قوله
كعطبها بضربه • ونزع سرج حمار مكترى وايكافه • اي اذا اكترى
حمارا مسرجا فنزع السرج واوكفه وركبه وهلك ضمن كل
عنده في رواية الجامع الصغير وقدر ما زاد في رواية الاصل
وهو قولهما هذا اذا كان الحمار يوكف بمثله وان كان لا يوكف
بمثله ضمن كل القيمة عندهم كذا في الحقائق • واسراجه بما لا يسرج

بمثله دون ما يسرج بمثله • اي نزع السرج واسرجه بسرج آخر
ان كان هذا السرج مما لا يسرج هذا الحمار بمثله يضمن •
وان كان يسرج بمثله لا يضمن الا اذا كان في الوزن زائدا
على الاول فيضمن بحسابه • وسلوك الحمال طريقا غير ما عينه المالك
وتفاوتا • بان كان المسلوك اوعر وابعد واخوف بحيث
لا تسلكه الناس كذا في التبيين وبهذا تبين عدم الحاجة
الى ان يقال او لا يسلكه الناس • وحمله في البحر وله الاجر ان بلغ
اي للحمال الاجر في جميع ما ذكر ان بلغ المنزل لحصول المقصود •
ولو استأجر ارضا للبناء او غرس صح واذا انقضت المدة
سلمها فارغة الا ان يغرم الموجر قيمته مقلوعا فيتملكه ••
بالنصب عطف على ان يغرم • بلا رضى المستأجر ان نقص القلع
الارض والا • اي وان لم ينقص القلع الارض • فبرضاه • او يرضى
عطف على ان يغرم • بتركه فيكون البناء والغرس لهذا
والارض لذلك • وتفصيل ذلك انه يجب على المستأجر ان يسلمها
فارغة الا ان يوجد احد الامرين الاول ان يعطي الموجر
قيمة البناء او الغرس مقلوعا ويتملكه وهذا الاعطاء والتملك
يكون جبرا على تقدير ان نقص القلع الارض ويكون برضا المستأجر
على تقدير ان لا ينقص والثاني ان يرضى الموجر بترك البناء او الغرس
في ارضه هذا الذي ذكر في وجوب القلع وعدم وجوبه وفهم منه

ولاية القلع للمستاجر وعدمها فانه قد ذكر انه ان نقص القلع
الارض تملكه بلا رضى المستاجر وحينئذ لا يكون للمستاجر القلع وفي
غير هذه يكون. والرطبة كالشجر. لان الرطاب لا نهاية لها
فاشبه الشجر بخلاف الزرع فانه اذا انقضت المدة قبل
اوان الحصاد لا يجبر على القلع بل يترك باجر المثل الى ان يدرك
ومن استاجر ليزرع بر فزرع رطبة ضمن ما نقصت. لان الرطاب
اضر بالارض من الحنطة فكان خلافا الى شر. بلا اجر. لانه غاصب
الارض. ومن دفع ثوبا ليخيطه قميصا فخاطه قباء ضمنه قيمته
ثوبه او اخذ القباء باجر مثله ولم يزد على ما سمى. لانه لا يزاد
على المسمى عندنا في الاجارة الفاسدة

باب الاجارة الفاسدة

الشرط يفسدها. المراد شرط يفسد البيع. وفيها اجر المثل
يعني اذا كان المسمى معلوما كما يفهم من قوله. ولا يزاد على المسمى
وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ كما ان في البيع الفاسد
تجب قيمة العين بالغة ما بلغت ولنا ان المنافع غير متقومة
بنفسها بل بالعقد وقد اسقطا الزيادة فيه واذا نقص
اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية. وصح اجارة دار
كل شهر بكذا في واحد فقط. الا ان يسمي جملة شهور معلومة
وفي كل شهر سكن ساعة في اوله. هذا قول بعض المشايخ وهو
القياس وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة

الاولى

الاولى من الشهر ويومها عرفا وبه يفتى لان في اعتبار الساعة
حرجا عظيما والمقصود هو الفسخ في رأس الشهر وهو عبارة
عن الليلة الاولى ويومها كذا في التبيين. وفي كل علم مدته
بان قيل اجرت ستة اشهر كل شهر بكذا. واجارة بها سنة بكذا
وان لم يسم قسط كل شهر واول المدة ما سمى والا فوقت العقد
فان كان حين يهل يعتبر الاهلة والا فالايام كالعدة اي
ان كان في اثناء الشهر فعنده وهو رواية عن ابي يوسف
يعتبر الكل بالايام كل شهر ثلثون يوما وعند محمد وهو رواية
اخرى عن ابي يوسف يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير
ويعتبر الباقي بالاهلة فان آجر في عاشر ذي الحجة فذو الحجة
ان تم على ثلثين يوما فالسنة تتم عند محمد على عاشر ذي الحجة
وان تم على تسعة وعشرين فالسنة تتم على الحادي عشر من
ذي الحجة فان قلت هذا يلزم ان يتكرر عيد الاضحى في سنة واحدة
قلت نعم لكن في السنة التي قدر بها مدة الاجارة لا في السنة
المعروفة فالمحذور غير لازم واللازم غير محذور. واجارة
الحمام والحجام والظئر باجر معين وبطعامها وكسوتها.
وقالا لا يجوز للجهالة وهو القياس وله ان الجهالة لا تفضي
الى المنازعة لان العادة التوسعة على الاظآر شفقة على
الاولاد وهو استحسان. وللزوج وطؤها لا في بيت المستاجر

لان البيت في يده فله المنع عن الوطي فيه ولة في نكاح
ظاهر فسخها ان لم ياذن بها وان اقرت بنكاحه لا لا
ان كان النكاح ظاهرا بين الناس ويكون عليه شهود فللزوج
فسخ الاجارة صيانة لحقه اما ان علم النكاح باقرارها لا
ولاهل الصبي فسخها ان مرضت او حبلت لان لبنها يضر بالولد
وعليها غسل الصبي وثيابه واصلاح طعامه ودهنه لا ثمن
شي منها وهو اجره على ابيه وان ارضعته بلبن شاة
او غذته بطعام ومضت المدة ولا اجرة ولم يصح للاذان
والاقامة والحج وتعليم القرآن والفقه والغناء والنوح
والملاهي وعسب التيس ويفتي اليوم بصحتها لتعليم القرآن والفقه
الاصل عندنا انه لا يجوز الاجارة على الطاعات والمعاصي لكن
لما وقع الفتور في الامور الدينية يفتي بصحتها في تعليم القرآن
والفقه تحرزا عن الاندراس ويجبر المستاجر على دفع ما قيل
ويحبس وعلى الحلوة المرسومة الحلوة بفتح الحاء العجمة
هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض سور القرآن تسمى بها
لان العادة جرت باهداء الحلاوى وهي لغة يستعملها
اهل ما وراء النهر ولا اجارة المشاع الا من الشريك وقالا
يصح اجارة المشاع من الشريك وغيره وهو قول الشافعي ثم عدم الصحة
عنده يحتمل معنى البطلان حتى لا يجب بالاستعمال شي وهو اختيار البعض

ويحتمل الفساد حتى يجب اجر المثل وهو الصحيح والفتوى على قوله ذكره
في الحقائق ولو دفع الى آخر غزلا لينسجه بنصفه او استاجر حمارا
ليحمل عليه زادا ببعضه او ثورا ليطحن برا له ببعض دقيقه فسد
يسمى قفيز الطحان وقد نهى النبي عليه السلام عنه والصورتان
الاوليان في معنى قفيز الطحان لانه جعل الاجر بعض ما يخرج
من عمله او رجلا اي استاجر رجلا ليخبز له كذا اليوم بكذا وقالا
صحيحة وتنعقد العقد على العمل وذكر الوقت للتعجيل تصحيحا للعقد عند
تعذر الجمع بينهما فيرتفع الجهالة له ان المعقود عليه مجهول لان
ذكر الوقت يوجب كون تسليم النفس في ذلك اليوم معقودا عليها
وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر
في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة هذا اذا اخر
الاجر واما اذا وسطه فيذكر الاول عملا كان او وقتا وذكر
الاجر بعده ليتم العقد فكان ذكر الثاني بعد ذلك ان كان وقتا
للتعجيل وان كان عملا فلبيان العمل في ذلك الوقت فلا يفسد العقد
ذكره في الخانية او ارضا بشرط ان يثنيها لانه يبقى اثره بعد
انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ثم قيل المراد بالتثنية
ان يردها مكروبة فلا شبهة في فساده وقيل ان يكربها
مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرتين

صدر الشريعة

صدر الشريعة

المدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى لتنقية منفعة كذا في الهداية • او يكري انهارها • ليس المراد من الانهار الجداول بل الانهار العظام هو الصحيح لانه سعى منفعته في العام القابل • او يسرقنها • لان منفعته تبقى بعد انقضاء العقد الا اذا كانت المدة طويلة فلا يبقى لفعله اثر بعد المدة اذا كان الربع لا يحصل الا به اذ حينئذ يدخل تحت مقتضى العقد • او يزرعها بزراعة ارض اخرى فسدت • خلافاً للشافعي لان المنافع بمنزلة الاعيان عنده فيكون بيع بالجنس يدا بيد وعندنا ليس كذلك فيكون بيع الجنس بالجنس نساء • بخلاف استيجارها على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها لان هذا شرط يقتضيه العقد • وان لم يذكر زراعتها او ما يزرع فيها لم يصح ان لم يعمه • بان قال ازرع فيها ما شئت بخلاف الدار فان استيجارها يقع على السكنى • على ما مر • فان استأجرها ومضى الاجل وصحت • هذا استحسان ووجهه ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد • وعند زفر لا يعود صحيحاً لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وهو القياس •

ولو استأجر حملا الى مصر ولم يسم حمله وحمل المعتاد فنفق لا يضمن لان العين المستأجرة امانة في يده وان كانت الاجارة فاسدة وان بلغ فله المسمى استحساناً • كما ذكرنا في المسئلة السابقة • وان خاصما قبل الزرع والحمل نقض • اي نقض القاضي العقد دفعاً

للفساد لا انه ينتقض العقد بلا عقد كما يتبادر الى الفهم من عبارة الهداية

باب من الاجارة

الاجير المشترك يستحق الاجرة بالعمل فله ان يعمل للعامة • تفريع على ما سبق فان استحقاقه لما كان بالعمل لا بتسليم النفس كان له ان يعمل لغيره • فسمي بهذا • اي لما كان العمل للعامة يسمى بالاجير المشترك • كالخياط ونحوه • ولا يضمن ما تلف بيده • الاجير المشترك اذا هلك العين في يده من غير فعله لا ضمان عليه عنده وهو قول زفر والحسن سواء هلكت بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او لا يمكن كالحريق الغالب والعدو المكابر وقالا لا يضمن في القسم الاول دون الثاني لهما ان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل بدونه فاذا هلكت بسبب يمكن الاحتراز عنه كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه لعدم التقصير من جهته وله ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر • وان شرط عليه الضمان • ان كان الشرط فيما لا يمكن التحرز عنه فلا يجوز بالاتفاق وان كان فيما يمكن التحرز عنه فعلى الخلاف وبقولهما يفتى اليوم لتغير احوال الناس وبه يحصل صيانة اموالهم كذا في التبيين وبه يفتى ذكر في الخانية والمحيط والتتمة ان الفتوى في الاجير المشترك على قوله سواء شرط الضمان عليه او لم يشترط • بل ما تلف بعمله كدق

عند الكثير فيميل الى اى الجهتين شاء وفى الوجه الثالث له الاجر بقدر
ما استوفى وفى الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا
والاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه مدته وان لم يعمل كالاجير
للخدمة سنة اولرعى الغنم وانما سمى اجير خاص لانه لا يعمل لغيره
وانما سمى اجير واحد اذا كان مختصا بواحد ولا يضمن ما تلف
فى يده او بعمله المأذون فيه لا بد من هذا القيد ذكر فى الظهيرية
ان لم يتعمد الفساد لا بد من هذا القيد ايضا ذكره فى الخانية
ثم ان هذا اذا كانت الاغنام لواحد وان كانت لاثنين او ثلثة
ذكر فى الذخيرة يضمن وصح ترديد الاجير بالترديد فى خياطة
الثوب فارسيا او روميا اى قبل ان خطته فارسيا
فبدرهم ورومياً فبدرهمين وصبغه بعصفر او زعفران
وفى اسكان البيت عطارا او حدادا وفى حمل الدابة
الى كوفة او واسط وفى هذه الدار او هذه اى اجرتك
هذه الدار شهرا بدرهم او هذه شهرا بدرهمين وهكذا اذا كان
ثلثة اشياء وفى اربعة اشياء لا كما فى البيع غير انه يشترط
خيار التعيين فى البيع بدون الاجارة لان فى الاجارة الاجرة
تجب بالعمل وعنده تتعين بخلاف البيع فان الثمن يجب بنفس
العقد والمبيع مجهول وحمل كر بر وشعير عليها وجب
اجر ما وجد ذكر فى الهداية فى مسئلة العطار والحداد

القصار ونحوه كذلك الحمال اذا لم يكن من مزاحمة الناس ذكره
فى شرح الطحاوى وانقطاع الحبل وغرق السفينة من مده
اذا لم يكن صاحب المتاع او وكيله فيها ذكره فى المنشور وقال زفر
لا يضمن اذا لم يتجاوز الحد المعتاد لانه يعمل باذن المالك وللشافعى
قولان ولنا ان المأذون به العمل الصالح وما قيل ينبغى ان
المراد بقوله ما تلف بعمله عملا جاوز فيه القدر المعتاد لا ينبغى
ان يصدر عمن تحقق ان المسئلة خلافية لما عرفت ان خلاف
زفر على تقدير الاطلاق عن هذا القيد وقد صرح به فى المبسوط
ولا يضمن به آدميا غرق اى عند مده السفينة او سقط من
دابة اى عند سوقه او قوده لان الواجب ضمان الآدمى
وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة
وضمان العقود لا تتحمله العاقلة ولا حجام او بزاغ او فصاد
لم يجز المعتاد وان انكسر دن فى الطريق لا بد من هذا القيد
فى وجوب الضمان عند ابى حنيفة ضمن الحمال قيمته فى مكان حمله
بلا اجر او فى موضع كسره مع حصته اجره اما الضمان فلان
السقوط والانكسار بانقطاع الحبل او بالعثارة وكل ذلك
من صنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شىء
واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه
وههنا وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا

وكرّ البرّ والشعير خلافاً لابي يوسف ومحمد وفي الدابة الى كوفة
او واسط احتمال الخلاف في مسئلة الخياطة والصبغ متفق عليهما
ولو ردد في خياطته اليوم او غدا. اي قال ان خطته اليوم
فبدرهم وفي غد بنصف درهم. وله ما سمّى ان خاطه اليوم واجر
مثله ان خاطه غدا. هذا عنده وعندهما الشرطان جائزان
وعند زفر وهو قول الشافعي فاسدان لان ذكر اليوم للتعجيل
وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان كل واحد
من التعجيل والتأخير مقصود فصار كاختلاف النوعين وله
ان ذكر اليوم ليس للتوقيت لان اجتماع الوقت والعمل مفسد
كما مرّ بل ذكر للتعجيل فيجتمع في الغد تسميتان فيصح الشرط الاول
دون الثاني. ولا يجاوز به المسمى. اي ان كان اجر المثل زائداً على
نصف درهم لا تجب الزيادة هذا ما في الاصل وفي الجامع الصغير
لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم لكن الصحيح هو الاول
لان المسمى في الغد نصف درهم وفي الاجارة الفاسدة اجر المثل
لا يزاد على المسمى وان خاطه في اليوم الثالث فاجر المثل لا يزاد
على نصف درهم عنده هو الصحيح واما عندهما فالصحيح انه لا ينقص
من نصف درهم ولا يزاد عليه ذكره في العناية. ولا يسافر
بعبد مستاجر للخدمة الا بشرطه ولا يسترد مستاجر اجر ما عمل
عبد محجور. لان هذه الاجارة بعد الفراغ صحيحة استحسانا

لان

لان الفساد لرعاية حق المولى وبعد الفراغ رعاية حقه
في الصحة ووجوب الاجرة. ولا يضمن اكل غلة عبد غصبه فآجر هو
غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر واكله فلا ضمان عليه
وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه وله ان الضمان
انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق
الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه فكيف يحرز ما في يده.
وصح للعبد قبضها ويأخذ ما مولاه قائمة. لانه وجد عين ماله
وانما صح قبض العبد عندهم لانه ماذون له في التصرف على
اعتبار الفراغ سالماً. ولو استاجر عبداً شهرين شهراً باربعة
وشهراً بخمسة صح والاول باربعة وحكم الحال ان قال مستاجر عبد
مرض هو او ابق في اول المدة وقال المؤجر في آخرها. اصله
الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه. وصدق
اي مع اليمين. رب الثوب في امرتك ان تعمله قباءً او تصبغه
احمر لا اجير قال امرتني بما عملت. لان الاذن يستفاد من
رب الثوب. وفي عملته لي مجانا لا الصانع قال بل باجر لانه
ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان وقال ابو يوسف
ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا.
لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما
وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول

قوله اعتبارا بالظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة والجواب
عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

تفسخ بعيب فوت النفع كخراب
الدار وانقطاع ماء الارض والرحى او اخل به كمرض العبد
ودبر الدابة. انما قال تفسخ لانه اختار قول عامة المشايخ وهو
عدم انفساخ العقد بالعذر وهو الصحيح نص عليه في الذخيرة
وانما لا تنفسخ لا لامكان الانتفاع بوجه آخر لانه غير لازم
بل لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها ذكره في
الهداية. فلو انتفع بالمعيب او ازال الموجر العيب سقط خياره
اي خيار المستاجر. وبخيار الشرط والرؤية وبالعذر.
وقال الشافعي لا تفسخ بالاعذار. وهو لزوم ضرر لم يستحق بالعقد
ان بقي كما في سكون وجع ضرس استوجر لقلعه. لانه في المضي
الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد. وموت عرس استوجر من طبخ
وليمتها. لما مر آنفا. ولحوق دين لا يقضى الا بثمن ما آجر. لانه يلزمه
ضرر الحبس باعتبار انه قد لا يصدق على عدم مال آخر. وسفر
مستاجر عبد للخدمة مطلقا او في المصر فان الاستيجار للخدمة
مطلقا يتقيد بالخدمة في المصر فان قال الموجر لا تسافر وامض
على الاجارة فللمستاجر ان يفسخ وان اراد المستاجر
ان يخرج العبد فللموجر الفسخ اما ان رضي الموجر بخروجه فليس للمستاجر

حق الفسخ. وافلاس مستاجر دكان ليتجر. وخياط استاجر
عبدا ليخيط فترك عمله. اي لا افلاس وهذا في خياط يعمل
برأس ماله اما الذي ليس له مال ويعمل بالاجر فلا يتحقق في حقه
العذر فان رأس ماله ابرة ومقراض. وبداء مكتري الدابة
من سفره بخلاف بداء المكاري. والفرق بينهما ان العقد
من طرف المكتري تابع لمصلحة السفر فربما يفوت تلك
المصلحة فلا يمكن الزامه لاجل الاكتراء ومن طرف المكاري
ليس كذلك فبدؤه بداء من العقد قصدا فلا اعتبار له
وترك خياط مستاجر عبد ليخيط ليتعلق بمستاجر ليعمل في
الصرف متعلق بترك وانما لم يكن عذرا اذ يمكنه ان يقعد
الخياطة في ناحية من الدكان ويعمل الصرف في ناحية اخرى.
وبيع ما آجره وتفسخ بموت احد عاقدين عقد لنفسه
وان عقد لغيره فلا كالوكيل والوصي ومتولي الوقف.

مسائل شتى

من احرق حصائد ارض مستاجرة
او مستعارة فاحترق شيء في ارض جاره لم يضمن لان هذا
تسبيب وشرط الضمان فيه التعدي وقال شمس الائمة السرخسي
هذا اذا كانت الريح ساكنة حين اوقد النار ثم تحركت
لانه لا صنع له في تحريكها واما اذا كانت مضطربة ينبغي
ان يضمن لانه يعلم انها لا تستقر فلا يعذر فيضمن. وان اقعد

خياط او صباغ في دكانه من يطرح عليه العمل بالنصف صح
هذا شركة الصنايع وصاحب الهداية اطلق عليه شركة الوجوه
الا انه عين المراد حيث قال فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته
يعمل فينتظم بذلك المصلحة ولا تضر الجهالة فيما يحصل وهذا العقد
غير جائز قياسا واليه مال الطحاوي لان احدهما يعمل العمل
ويستاجر الآخر بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول جائز
استحسانا ووجهه ما ذكرنا انفا • كاستيجار جمل ليحمل عليه محملا
وراكبين وحمل محملا معتادا • وعند الشافعي لا يجوز للجهالة •
ولو اراه الجمال فاجود وان استاجره ليحمل قدرا من زاده
فاكل منه رد عوضه ومن قال للغاصب اذا فرغها والا
فاجرتها كل شهر كذا فلم يفرغ فعليه المسمى • لانه عين الاجارة
والغاصب التزمه فانعقد بينهما عقد اجارة • الا اذا جحد •
اي الغاصب ملكه • وان اقام بينة من بعد • فانه لما جحد ملكه
لم يكن ملتزما بالاجارة واقامة البينة بعد ذلك لا تجدي •
او اقر بالملك له • عطف على قوله اذا جحد • لكن قال لا اريد
بهذه الاجرة • فانه حينئذ لا يكون ملتزما بالاجارة • وصحت
الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة • اي المساقاة •
والوكالة والكفالة والمضاربة والقضاء والامارة • اي
تفويضها • والايصاء • اي جعل الغير وصيا • والوصية والطلاق

والعتاق والوقف مضافة • اي الى الزمان المستقبل
كما يقال في المحرم آجرت هذه الدار من غرة رمضان الى سنة •
لا البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح
والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين • لانها تمليك وقد امكن
تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف الفصل الاول •

كتاب المكاتب

الكتابة • في الشرع • عقد بين المولى وعبده
ويكون من المولى رقبته ومن العبد العوض يسمى به لان كلا منهما
كتب على نفسه الاداء في هذا والوفاء كذا في الحقائق واما ما ذكر
من اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مالا فاثر يترتب عليه
ولا يلزمه لان اعتاقه رقبة ايضا قد يوجد حالا كما اذا
ادى البدل حالا • فان كاتب قنه ولو صغيرا يعقل بمال حال
قال الشافعي لا يجوز حالا ولا بد من تنجيمين اي شهرين لانه
عاجز عن التسليم في زمان قليل قلنا يمكن ان يستقرض • او مؤجل
او منجم • اي موزع حصصا يؤديها دفعات النجم في الاصل
الكوكب ثم نقل الى الوقت المضروب المعين اذ يعرفون الاوقات
بالنجوم فقيل نجوم الكتابة للاوقات المعينة لاداء حصصها
ثم استعمل في تلك الحصص المؤداة في تلك الاوقات ثم اشتق منه
الفعل فقيل نجم الكتابة والدية اي وزع حصصا واداها
كذا في حاشية الكشاف • او قال جعلت عليك الفا تؤديه

نجوما اولها كذا وآخرها كذا فان اديته فانت حر وان عجز
فقن وقبل العقد صح اي صح هذا العقد سواء كان بلفظ الكتابة
او بلفظ آخر يؤدي معناها فخرج من يده اي اذا صحت الكتابة
يخرج المكاتب من يد المولى دون ملكه فان المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم وعتق مجانا ان اعتق وغرم السيد ان وطئ
مكاتبته او جنى عليها او على ولدها او مالها اي العقر وارش
الجناية او مثل المال او قيمته وان كاتب على قيمته او عين لغيره
[illegible] بالتعيين احترز به عن الكتابة على دراهم الغير ودنانيره
فانها جائزة ثم ان ما ذكر ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انها
تصح او مائة ليرد سيده عبدا غير عين هذا عندهما وعند ابي يوسف
تصح الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط
فيما اصاب العبد يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقي وانما
قال غير عين لانه لو شرط ان يرد عبدا عينا تصح عندهما ايضا
او على خمر او خنزير وبهما او اخذ ما [illegible] فسد وعتق فيهما
وسعى في قيمته ان ادى ما سمى يعني قبل ان يترافعا الى القاضي
هذا في ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة ومحمد وهو قول
زفر انه يعتق باداء قيمة نفسه ولا يعتق باداء ما سمى
وعند ابي يوسف يعتق باداء القيمة وباداء ما سمى ايضا
كذا في الحقائق وعن ابي حنيفة انه انما يعتق باداء ما سمى

اذا قال

اذا قال ان اديتها فانت حر كذا في الهداية ثم انها انما تفسد
اذا كان المولى والعبد مسلمين او المولى مسلم والعبد ذمي
او على عكسه اما لو كانا ذميين يجوز الكتابة ذكره في المبسوط
ولا ينقص مما سمى وزيد عليه مسئلة مبتداة معناها ان القيمة
في الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت
ناقصة عن المسمى لا ينقص عنه وان كانت زائدة زيد عليه
وصحت على حيوان ذكر جنسه فقط اي لم يذكر نوعه وصفته
ويؤدي الوسط او قيمته انما يخير لان كل واحد اصل من وجه
اما الوسط فظاهر واما قيمته فلانه يعرف بها فصارت
اصلا فدفع القيمة قضاء في معنى الاداء وفي كافر كاتب عبدا
مثله بخمر مقدرة صح واي اسلم [illegible] قيمتها وعتق بقبض الخمر
لان عتقه متعلق بقبضها لكن مع ذلك تجب القيمة كما مر

باب تصرف المكاتب

صح بيعه وشراؤه وسفره
وان شرط ضده اي ان شرط ان لا يسافر فله السفر استحسانا
لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد فيبطل الشرط
وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة
وهذا لان الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه
النكاح فالحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد وبالنكاح
في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل وانكاح امته وكتابته

رقيقه عبدا كان او امة وعند زفر والشافعي لا يجوز الكتابة
وهو القياس لان مآلها العتق والمكاتب ليس من اهله وجه الاستحسان
انه عقد اكتساب للمال فيملكه وقد يكون هو انفع له من البيع
لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله
قبله وله ولاؤه ان ادى بعد عتقه ولسيده ان ادى
قبله اي للمكاتب الاول ولاء الثاني ان ادى الثاني بعد عتق
الاول ولسيده ان ادى قبله ثم ان عتقه مطلقا
مضاف الى المولى فقد وهبه لا هبته ولو بعوض ولا تصدقه
الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال
لانه فوق الكتابة وبيع نفس عبده منه وانكاحه فان
الاول اعتاق والثاني اتلاف مال ووقف تزوجه على
الاذن اي على اذن المولى قال في الذخيرة تزوجه نفسه
بلا اذن من مولاه ليس بفاسد بل موقوف على اجازة
مولاه فان عتق المكاتب قبل اجازة المولى نفذ ذلك
النكاح على المكاتب ولا يحتاج الى الاجازة والاب والوصي
في رقيق الصغير كالمكاتب اي كل تصرف يملكه المكاتب
في رقيقه يملكانه في رقيق الصغير وما لا فلا يملكان تصرفا
يحصل به المال للصغير كالمكاتب يملك كسب المال فيملكان
كتابة عبده لا اعتاقه على مال وبيع عبده من نفسه وشيء من ذا

لا يصح من مأذون ومضارب وشريك الاشارة الى
نفي صحته بدليل قوله ايضا وتكاتب عليه بالشراء ولده وابواه
لا من لا ولاد بينهما وقالا يدخل في مكاتبته بالشراء
كل ذي رحم محرم منه كما يعتق عليه وله ان للمكاتب كسبا
لا ملكا والكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر
على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما
حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر وصح بيع ام ولد
شراها بدونه وان شرى معه فلا وقالا لا يصح بيعها
في الصورتين لانها ام ولد وله ان القياس ان يجوز
بيعها في الصورتين لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به
ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معه
ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدونه لو ثبت يثبت
ابتداء والقياس ينفيه كولد ولد من امته اي ان ولد
ولد من امته فادعاه دخل في كتابته وكسبه له اي كسب
ولد المكاتب يكون للمكاتب لان الولد كسبه وكسب الولد كسبه
وان كاتب زوجين اي ان كاتب قنين له احدهما زوج
الآخر فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها لان تبعية الام
ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية وان ولدت
حرة في زعمها من مكاتب او عبد نكحها باذن فاستحق

تاج الشريعة

فولدها عبد • اى تزوج مكاتب باذن مولاه امرأة قالت
انا حرة فولدت منه فاستحقت فولدها عبد عندهما وعند محمد
حر بالقيمة لانه ولد المغرور ولهما ان القياس ان يكون
عبدًا لكونه مولودًا من الامة وخالفنا القياس فيما اذا كان
ابوه حرًا باجماع الصحابة وهذا ليس فى معناه لان حق المولى
هناك مجبور بقيمة ناجزة وهنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق
فلا يلحق به فيبقى على الاصل • وان وطئ امة بملك • اى وطئ
المكاتب امة بغير اذن المولى بناء على انه ملكها بان اشتراها
او وهبت له • فاستحقت او بشرى فاسد فردت اخذ
عقرها فى الحال كالماذون للتجارة • يعنى انه مثل المكاتب فى الحكم
المذكور • ولو نكح فوطئ اخذ حين عتق • اى ان نكح بغير اذن
المولى فوطئ يجب العقر بعد العتق ووجه الفرق ان فى
الاول ظهر الدين فى حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة
تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء
لما وجب العقر لان وجوبه بسقوط الحد وهو بالشراء فما يجب
بسبب الشراء من توابع التجارة ولم يظهر فى الثانى لان النكاح
ليس من الاكتساب فى شئ فلا ينتظمه الكتابة • صح تدبير مكاتبه
وعجز نفسه فكان مدبرًا او مضى عليها • اى له الخيار اما ان عجز
فكان مدبرًا او مضى على الكتابة • وسعى فى ثلثى قيمته او ثلثى

البدل

البدل ان مات سيده فقيرًا • اى ان مات المولى ولا مال له
سواه وقد اختار المضى على الكتابة او لم يختر شيئًا فهو بالخيار
بين السعايتين المذكورتين وان كان ثلثا بدل الكتابة
اكثر من ثلثى قيمته لفائدة فى هذا التخيير فان ثلثى بدل الكتابة
موجل والآخر معجل على مذهبه وعسى يختار الاكثر المؤجل
على الاقل المعجل وعلى قولهما كلا المالين حال وهو حر كله لعدم
تجزى الاعتاق فيلزمه اقلهما لعدم الفائدة فى التخيير •
واستيلاد مكاتبته • اى ولدت المكاتبة فادعى المولى
الولد تصير ام ولد • ومضت عليها او عجزت وصارت ام ولد له
اى تخير بين ان تمضى على الكتابة وتؤدى البدل فتعتق قبل
موت المولى وبين ان تعجز نفسها فتعتق بعد موت المولى
وان مضت على الكتابة فلها ان تأخذ العقر من سيدها
وكتابة ام ولده وعتقت بموته مجانًا ومدبره تسعى فى
فى ثلثى قيمته او كل البدل فى موت سيده معسرًا هذا
عنده وعند ابى يوسف تسعى فى الاقل منهما وعند محمد
فى الاقل من ثلثى القيمة وثلثى البدل اما الخيار عنده فرع
التجزى وقد مر فى موضعه واما المقدار فمحمد يقول
انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير وهما
يقولان ان جميع البدل وقع فى مقابلة الثلثين لان الظاهر

ان الانسان لا يلتزم المال في مقابلة ما يستحق حريته • وصح صلح
مكاتبه على نصف حال من بدل مؤجل • والقياس ان لا يصح
لانه اعتياض عن الاجل بالمال • ووجه الاستحسان ان
الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء
الا به وبدل الكتابة ليس مالا من وجه حتى لا تصح الكفالة
منه فاعتدلا • وان مات مريض كاتب عبده فيه • اي في
مرض الموت • على اكثر من قيمته • قال في الحقائق التقدير ليس
بلازم بل المراد ان بدل الكتابة اكثر من قيمته • باجل ولا مال له
غيره ورد ورثته • ادى ثلثي البدل حالا وباقيه مؤجلا • عندهما
او استرق • اي خير العبد بين الامرين المذكور وهذا
وعند محمد خير بين ان يؤدي ثلثي القيمة حالا والباقي الى اجله
البدل مؤجلا وبين ان يمتنع فيسترق لان المريض ليس له
التأجيل في ثلثي القيمة اما فيما وراءه يصح له الترك فيصح التاخير
ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة وحق الورثة متعلق بالبدل
فلا يصح التاخير في ثلثيه • وفي نصف قيمته • اي فيما اذا كان
البدل نصف القيمة • هنا • اي في مسئلة موت المريض الذي
كاتب عبده على بدل مؤجل • ادى ثلثيها حالا او استرق •
لان المحاباة وقعت في المقدار وفي التاخير فاعتبر الثلث
فيهما • وان قال حر لسيده كاتب عبدك على كذا او شرط العتق

بادائه اولا • اي سواء قال ان اديت فهو حر او لم يقل •
ففعل وادى الحر عتق • اما في صورة الشرط فظاهر واما في
الاخرى فالقياس ان لا يعتق وفي الاستحسان يعتق لانه يتوقف
على قبول العبد الغائب فيما يضره وهو وجوب البدل عليه
لا فيما ينفعه وهو صحة اداء القابل البدل • ولم يرجع • اي
لا يرجع المؤدي الى العبد لانه متبرع في الاداء • وان قبل العبد
فهو مكاتب • وان كوتب حاضر وغائب وقبل الحاضر فاي ادى
قبل جبرا وعتقا • صورتها ان يقول كاتبني بالف على نفسي وعلى
فلان ففعل وقبل الحاضر فالقياس ان يصح في حصة الحاضر
وفي حصة الغائب يتوقف على قبوله • ووجه الاستحسان
ان الحاضر اضاف العقد الى نفسه اصيلا والغائب تبعا فيصح
كما يصح عن الاولاد بالتبعية فايهما ادى قبل جبرا اما الحاضر
فلان كل البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية
وان لم يكن البدل عليه فصار كمعير الرهن اذا ادى الدين
يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه
ولم يرجع على الآخر • لانه متبرع في حق الآخر بخلاف معير الرهن
فانه يرجع المستعير وان ادى بغير امره لانه مضطر في الاداء
لانه يخاف تلف ماله في يد المرتهن ولا يتمكن من تخليص العين عنه
الا باداء الدين • وقبول الغائب لغو • لان العقد نفذ على الحاضر

وان كوتبت امة وطفلان لها وقبلت فاي ادى لم يرجع
وعتقوا. كما في المسئلة الاولى

باب كتابة العبد المشترك

احد شريكي عبد اذن للآخر بكتابة حصته اي حصة الآخر بالف
وقبضه ففعل وقبض بعضه فذا له اي للقابض ان عجز هذا عنده
واصله ان الكتابة متجزية على قوله فيكون مقتصرا على نصيبه
وفائدة الاذن انه ان لم ياذن فله حق الفسخ فبالاذن
لا يبقى ذلك واذنه لشريكه بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه
فيكون متبرعا في نصيبه على القابض فيكون له وعندهما الكتابة
غير متجزية فالاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل فالقابض
اصيل في البعض ووكيل في البعض والمقبوض مشترك بينهما فيبقى
كذلك بعد العجز. مكاتبة لرجلين جاءت بولد فادعاه احدهما
ثم جاءت بآخر فادعاه الآخر فعجزت فهي ام ولد للاول وضمن
نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه وقيمة الولد وهو ولده.
بيانه انه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك رقبة
وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى
ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة
واذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته ايضا لقيام ملكه
ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين
ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الاعمال

ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه يملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد
ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة
الولد ويكون ولده لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها
كان ملكه قائما ظاهرا والمغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة ولكنه
وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وهذا قوله وقالا هي
ام ولد للاول ولا يجوز وطئ الآخر لانه لما ادعى الاول الولد
صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع
ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما لا يتضرر به
المكاتب وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل
الفسخ واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير
فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد
للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يعرى عن احدى الغرامتين
ويضمن الاول للشريك نصف قيمتها مكاتبة على قياس قول ابي يوسف
والاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي عليها من بدل الكتابة
على قول محمد واذا انفسخت الكتابة في حصة الشريك عندهما فهل تنفسخ
فكلها مكاتبة للاول بنصف البدل عند الشيخ ابي منصور وبكل البدل
عند عامة المشايخ. واي دفع العقر اليها صح. اي قبل العجز
لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها
بمنافعها واعواضها. وان لم يطأها ودبرها فعجزت بطل

تدبيره وهي ام ولد للاول والولد له وضمن لشريكه نصف عقرها
ونصف قيمتها لانه تبين بالعجز انه تملك نصيب الشريك وقت
الاستيلاد فالتدبير وقع في غير ملكه بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور
وان حررها اي المكاتبة المشتركة احدهما غنيا فعجزت ضمن
نصف قيمتها لشريكه ورجع به عليها هذا عنده وعندهما لا يرجع
وهذا مبني على ان الساكت اذا ضمن المعتق يرجع عنده لا عندهما
عبد لرجلين دبره احدهما ثم حرره الآخر مليا او معسرا اي حرره
احدهما ثم دبره الآخر اعتق المدبر او استسعى فيهما اي في الصورتين
او ضمن شريكه في الاولى فقط هذا عنده ووجهه ان التدبير
يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب
الآخر فيثبت خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه
فان عتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر
على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه
قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه
ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر وقد مر
في باب عتق البعض الاختلاف في قيمة المدبر فتذكر واذا ضمنه
لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك اما في المسئلة
الثانية فلان الخيارات الثلث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار
التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق

ويستسعى وقالا اذا دبره احدهما فاعتاق الآخر باطل
لان التدبير لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير
ويضمن نصف قيمته قنا موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك
فلا يختلف باليسار والاعسار وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر
باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فيضمن نصف قيمته ان كان
موسرا او يسعى العبد ان كان معسرا لان هذا ضمان اعتاق فيختلف
بالاعسار واليسار

باب الموت والعجز

مكاتب عجز
عن نجم ان كان له وجه سيحصل لا يعجزه الحاكم الا بعد ثلثة ايام
فان مضت ثلثة ايام ولم يؤد ذلك النجم حكم بعجزه والا اي
وان لم يكن له وجه سيحصل عجزه هذا عندهما وعند ابي يوسف
لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان وفسخها بطلب سيده او سيده برضاه
وعاد رقه لسيده وان مات عن وفاء اي عن مال يفي
ببدل الكتابة لم تنفسخ وقال الشافعي تنفسخ ويموت عبدا
لانه لا يخ اما ان يثبت بعد الممات مقصورا او يثبت قبله
او بعده مستندا ولا وجه للاول لعدم المحلية ولا الى الثاني
لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث فلتعذر الثبوت
في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة
فلا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر
والجامع بينهما الحاجة اي ابقاء العقد لاحياء الحق فينزل حيا

تقديرا وتستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت
ويكون اداء خلفه كادائه • وقضى البدل من ماله وحكم بموته
حرا والارث منه وعتق من ولد منه في كتابته انما قال هذا
لان من ولد قبل كتابته لا يتبعه • او شرا معه او كوتب معه وولده
صغيرا او كبيرا بمرة • اي بكتابة واحدة فان الصغير يتبعه وهو
مع الكبير جعلا كشخص واحد • وان لم يترك وفاء فمن ولد في كتابته
سعى على نجومه واذا ادى حكم بعتق ابيه قبل موته وبعتقه ومن
ادى البدل حالا او رد رقيقا • هذا عنده وعندهما الولد المشترى
ايضا يسعى على نجوم الا انه كوتب تبعية الاب • وان ترك
ولدا من حرة ودينا تفي به لها فجنى الولد وقضى به • اي بموجب
الجناية على عاقلة امه لم يكن ذلك تعجيزا لابيه لان هذا القضاء
يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب
العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب
والقضاء بما يقرر حكمها لا يكون تعجيزا وانما قال ودينا لانه
لو كان عينا لا يتاتى القضاء بالالحاق بالام لامكان الوفاء
في الحال • وان اختصم قوم امه وابيه في ولائه فقضى لقوم الام
فهو تعجيز • لان القضاء بكون الولاء لموالي الام معناه ان الاب
مات رقيقا وانفسخ عقد الكتابة وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ بما لاقاه
من القضاء فلذا كان تعجيزا • وطاب لسيده ما ادى اليه من صدقة

فيعجز لتبدل الملك فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن
العتق واليه الاشارة النبوية في حديث بريرة هي لها صدقة
ولنا هدية • وان جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بها • اي بالجناية
فعجز او مكاتب • اي جنى مكاتب • فلم يقض به • اي بموجب الجناية
فعجز دفع او فدي • انما خير بين دفعه واداء ارش الجناية
لان هذا موجب جناية العبد لكن الكتابة كانت مانعة عن
الدفع ثم زال المانع بالعجز فعاد الحكم الاصلي • وان قضى به عليه
مكاتبا فعجز بيع فيه • لانه دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة
الى القيمة بالقضاء • ولا ينفسخ بموت السيد وادى البدل
الى ورثته على نجومه فان اعتقه بعضهم لا يصح • لانه لم يملكه فان
المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة • وان اعتقوه
عتق مجانا • لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى
الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وهذا الا
اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض فلهذا
لم يعتق في الصورة الاولى • **كتاب الولاء** • الولاء
نوعان ولاء العتاقة وهو قرابة حكمية • اي ثابتة بحكم الشرع
سبب للارث والعقل ومن وهم انه نفس الارث فقد وهم
وكذا من زعم انه عبارة عن تناصر يوجبه فبعض عن ذلك تحققه
بدون الارث والتناصر كما اذا اعتق كافر مسلما فال

في المبسوط ولاء المسلم يثبت لمولاه وان كان كافرا لان الولاء
كالنسب ونسب الكافر قد يكون ثابتا من المسلم فكذلك الولاء
ولكنه لا يرثه لكونه مخالفا في الملة ولا يعقل عنه لانه باعتبار النصرة
ولا نصرة بين المسلم والكافر . وولاء الموالاة وهو ان يوالي
على ان يرثه اذا مات ويعقل عنه اذا جنى . واصله عقد يتم بالايجاب
والقبول من الطرفين ابتداء بالنوع الاول فقال . ومن عتق
باعتاق او بنوع له . من الكتابة والتدبير والاستيلاد اعلم
ان ثبوت الولاء بواحد منهما لا يتوقف على العتق على ما سيأتي
الا ان في تقرره لا بد من عدم بطلان ما هو السبب وكل منها
في معرض البطلان وكذلك فرض العتق . او بملك قريبه . اي بطريق
الارث لانه اذا كان بطريق الشراء ونحوه يدخل في الاول
فولاؤه لسيده وان شرط عدمه . لان الشرط مخالف للنص فينفذ
العقد ويبطل الشرط لا يقال كيف يكون الولاء بالتدبير والاستيلاد
للسيد والمدبر وام الولد انما يعتقان بعد موت السيد
لما عرفت ان الولاء ليس نفس الميراث بل قرابة حكمية تصلح سببا له وثبوتها
بالتدبير والاستيلاد لا يتوقف على العتق بموت المدبر والمستولد
صح بذلك في المبسوط حيث قال ولذلك الحكم في ولاء المدبر والمدبرة
وولاء ام الولد والمكاتب في ميراثهما لان المدبر والمكاتب
والمستولد استحق ولاؤهما بالسبب لو سلم انه ميراث فمعنى كونه

للمولى انه يستوفي منه ديونه وينفذ وصاياه ولو كان
لورثته كان كذلك وبما قررناه تبين ان ما ارتكبوه في دفع
ما ذكر من فرض ارتداد المولى منشاؤه قلة التدبر بل عدم التدبر
ولو اعتق امة زوجها قن فولدت لاقل من نصف حول اي من
وقت الاعتاق فله ولاء الولد لا ينتقل عنه . اي ان عتق ابوه
لا ينتقل ولاء الولد من موالي الام الى موالي الاب لان الحمل كان
موجودا وقت الاعتاق فوقع اعتاقه قصدا فلا ينتقل عن معتقه
وكذا لو ولدت توامين احدهما لاقل من ذلك . لان احدهما
كان موجودا وقت الاعتاق فكذا الآخر بناء على ان التوامين
ولدان بين ولادتهما اقل من نصف حول وان ولدت
لاكثر منه فولاء الولد لسيدها . وقد عرفت ان الولاء ليس بميراث
فصح ثبوته اولا لمولى الامة ثم لمولى الاب . فان اعتق الاب
جر ولاء ولده الى قومه . يعني ان اعتق الاب قبل موت الولد
لانه ان مات قبل عتقه لا ينتقل ولاؤه من موالي الام واما فرض
موته بعد موت الاب فلا حاجة اليه لما مر غير مرة ان الولاء
لحمة كلحمة النسب لا نفس الميراث بل السبب . عجمي له مولى موالاة
نكح معتقة فولدت فولاء ولدها لمولاها . هذا قولهما وقال
ابو يوسف ولاؤه لمولى الاب مع الموالاة ترجيحا لجانب الاب
ولهما ان ولاء العتاقة وان كان من جانب الام وانما

وضع المسئلة في العجمي لان ولاء الموالاة لا يكون في العرب
لان لهم شعوبا وقبائل وتناصرهم بها فاغنت عن الولاء
ذكره في الهداية واما ما قيل في تعليله لان لهم شعوبا وقبائل فلا ارث
لمولى الموالاة لتاخره عن الوارث النسبي فليس بشيء لان وجود
الوارث المقدم لا يضر فكان هذا القائل غافل عما ياتي من قوله
واخر عن ذي رحم والمعتق عصبة العصبة من ياخذ ما بقي من
صاحب الفرض وكل الميراث عند عدمه قدم النسبية العصبة
النسبية من اي صنف كان من الاصناف الثلثة المذكورة في كتب
الفرائض عليه وهو على ذي الرحم وهو من لا فرض له ويدخل
في نسبته الى الميت انثى فان مات السيد ثم المعتق فولاؤه
لم يقل فارثه لانه قد لا يرث كما اذا كان للمعتق عصبة نسبية
او اصحاب فرائض لا يبقى منهم شيء فان قلت اذا لم يكن الارث
فيما اثر ثبوت الولاء قلت اثره يظهر في اولاد المعتق ومواليه
فان من يثبت له الولاء يرثهم عند عدم الحاجة ومن هنا اتضح
فساد القول بان الولاء هو الميراث حق الاتضاح لاقرب عصبة
اي عصبة السيد النسبية على الترتيب الذي ذكره في موضعه
وان لم يوجد فلعصبته السببية بشرط الذكورة وانما لم يذكره
اكتفاء بانفهامه من قوله ولا ولاء للنساء الا ما اعتقن كما في الحد
يعني قوله عليه السلام ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق

من

من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او دبرن او دبر
من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن اي ليس
للنساء من الولاء الا ولاء من اعتقنه او ولاء من اعتقه
من اعتقنه واما ولاء المدبر فقد نبهت عليه فتدبر ومن قال
وفي مدبر المدبر بعرض ذلك يعني بارتداد المولى مرتين فقد
اخطأ مرتين اما الاولى فقد عرفت فيما سبق واما الثانية
فلان ارتداد المولى الاول يكفي اذ بعد ما اعتق المدبر
الاول بارتداده يجوز ان يعتق مدبره بموت مدبره ثم يموت
ومولى مدبره حي وقد عاد مسلما **فصل** هذا الفصل
لبيان ثاني نوعي الولاء عجمي والى غيره لم يقل ان اسلم رجل على
يد رجل لانه ليس بشرط انما الشرط كونه عجميا على ما مر على ان
يرثه ويعقل عنه صح فعقله اي ديته المولى الاسفل ان جنى عليه
اي على المولى الاعلى وارثه له وان شرط الارث من الجانبين
كان كذلك كذا في التبيين وعند مالك والشافعي لا عبرة
لهذا النوع من الولاء واخر عن ذي الرحم وله اي للمولى
الاسفل النقل عنه اي عن المولى الاعلى بمحضره وكذا للاخر
اي للمولى الاعلى التبري عنه ولائه اي ولاء المولى الاسفل
بمحضره ان لم يعقل عنه وان عقل عنه او عن ولده فلا اي ليس
لواحد منهما ان يتحول وشرطه ان يكون حرا غير عربي [illegible]

هذا عدم كونه معتقا ولذلك اكتفى صاحب الهداية بذكره ولن
ممن عقل عنه بيت المال واما كونه مجهول النسب ففي اشتراطه اختلاف
المشايخ ذكره في الحقائق

كتاب الاكراه

هو في الشرع
فعل يوقعه بغيره يقال وقع فلان بفلان ما يسوءه
فيفوت به رضاه ولا يفسد اختياره او يفسد اختياره مع
بقاء اهليته الاكراه نوعان احدهما مفوت الرضاء وذلك
من غير السلطان بتهديد بحبس او الضرب وانما قلنا من غير
السلطان اذ يكفي فيه مجرد الامر بلا تهديد ووعيد ذكره في
الخانية والثاني مفسد الاختيار وذلك بتهديد القتل وقطع
العضو او ضرب يخاف منه تلف النفس او العضو اعلم ان الاكراه
اذا بلغ حد الجبر يفسد الاختيار وذلك عند خوف تلف النفس
او العضو فان كل امر فيه هذا الخوف فالامتناع عنه مجبول في
طبيعة جميع الحيوانات وان لم يبلغ حد الجبر لا يفسد الاختيار لكن
قد يفوت الرضاء وذلك عند الحبس او الضرب ويقال للاول
الملجي وللثاني غير الملجي وكلاهما لا ينافي بقاء الاهلية لانها بالعقل
والبلوغ وشرطه خوف المكره ايقاعه بان يغلب على ظنه ان المكره
يوقعه وذلك عند قدرة المكره على ايقاع ما هدد به سلطانا
او لصا روي عن ابي حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان
قال صاحب الهداية في مختارات النوازل بعد تحقيق هذا الخلاف

فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان وكون المكره متلفا
نفسا او عضوا او موجبا غما بعدم الرضا هذا يختلف باختلاف
الناس فان الاشراف يغتمون بكلام خشن والاراذل
ربما لا يغتمون الا بالضرب المبرح فان قلت بعد هذا التعميم
لا وجه لتخصيص الاكراه بالسلطان قلت التخصيص الواقع عن
ابي حنيفة في الاكراه الملجي يرشدك اليه القول المنقول عن المشايخ
آنفا الا انه نقل في مطلق الاكراه فالخلل في النقل لا في المنقول
والمكره ممتنعا عما اكره عليه قبله لحقه كاتلاف ماله واخراجه
من يده ولو بعوض او لحق آخر كاتلاف مال الغير او لحق
الشرع كشرب الخمر فلو اكره بقتل او ضرب شديد او حبس حتى باع
او اشترى او اقر او اجر فسخ او مضى لان الاكراه الملجي وغير
الملجي يعدمان الرضاء وهو شرط لصحة هذه العقود وكذا
لصحة الاقرار فلذلك صار له حق الفسخ والامضاء ثم ان تلك
العقود نافذة عند ائمتنا الثلثة وملكه المشتري ان قبض
وعند زفر موقوف فقبل الاجازة لا يفيد الملك فمن قال
ان الاكراه يمنع النفاذ فقد ضل عن سبيل السداد فيصح اعتاقه
وكذا سائر التصرفات التي لا يمكن نقضها ولزمه قيمته لا لانه نفذ
لانه نافذ قبل هذا على ما عرفت بل لانه يلزم حينئذ واللزوم امر
وراء النفاذ اعلم ان بيع المكره فاسد عندنا خلافا لزفر ومالك



انه موقوف عنده والفاسد من قبيل النافذ المقابل للموقوف
الا انه يخالف سائر البيوع الفاسدة من حيث انه ينقلب
جائزا برضى المكره ولا ينقطع فيه حق الاسترداد وان تداولته
الايدي بخلاف سائر البيوع الفاسدة لان الفساد هنا لحق
العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول للثاني اما فيها فلحق الله تعالى
وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته فان قبض
ثمنه او سلم طوعا تفريع على ما فهم من التحرير السابق وهو ان
تمام البيع بانقلابه صحيحا موقوف على رضى البائع او اجازته
بناء على ان الفساد كان لحقه لا لحق الشرع فكأنه يقول الموقوف
انقلابه صحيحا على رضى البائع واجازته فقبضه الثمن او تسليمه المبيع
طوعا ينقلب صحيحا لدلالتها على الرضاء والاجازة لزم لم يقل
نفذ لما عرفت ان بيع المكره نافذ عندنا والمعلق على الرضاء
والاجازة لزومه لا نفاذه قال في شرح الطحاوي ولو ان المشتري
من المكره باعه من آخر ثم باعه الثاني من اخر حتى تداولته الايدي
فله ان يفسخ العقود كلها واي عقد اجازه جازت العقود كلها
لان العقود كلها كانت نافذة الا انه كان له حق الفسخ لعدم الرضا
وان قبض كرها ورده ان بقي قال في البدائع اما اذا باع مكرها
وسلم كان البيع فاسدا لان حقيقة البيع المبادلة والاكراه
يؤثر فيها بالفساد وقال بعضهم لم يذكر في الهداية حكم التسليم مكرها

لكن

لكن ذكر في اصول الفقه ان الاكراه اذا كان على البيع والتسليم يكون
التسليم مقتصرا على الفاعل ولا يجعل الفاعل آلة للحامل في التسليم لانه
حمله على تسليم المبيع ولو جعل آلة له يصير تسليم المغصوب وينقلب
البيع غصبا واذا كان التسليم مقتصرا على الفاعل ينبغي ان يجب
القيمة انتهى وكأن هذا القائل غافل عن فقدان الرضاء من
الفاعل فانه لا يلزم من اقتصار التسليم عليه ان يكون راضيا له
كما ذكره لا ينبغي ان يصدر عن مميز فضلا عن مميز مثله ثم انه
لم يصح قوله ويجب القيمة فانه على تقدير ما ذكره ينبغي ان يجب
الثمن لان وجوب القيمة حكم فساد العقد ومراده انه حينئذ
لا يفسد ولذلك قال ينبغي ان ينفذ بناء على زعمه ان بيع
المكره على تقدير فساده غير نافذ ولو اكره البائع لا المشتري
ضمن قيمته للبائع اي يجب الضمان عليه وذلك لانا في كون
المكره مخيرا كما ان لزوم القيمة عليه في صورة لم يكن منافيا لذلك
فلا حاجة الى التأويل بان قرار الضمان عليه وله ان يضمن ايا شاء
من المكره بالكسر والمشتري فان ضمن المكره رجع على المشتري بقيمته
وان ضمن المشتري جاز انما قال جاز دون نفذ لما عرفت
آنفا كل شراء بعده لا ما قبله فان المشتري اعم من ان يكون
مشتريا اولا او مشتريا ثانيا او ثالثا لو تناسخت العقود فانه
ان ضمن المشتري الثاني القيمة يصير ملكا له فيجوز كل شراء بعد ذلك

الشراء ولا يجوز الشراء الذي قبله فيرجع المشتري الثاني بالقيمة لتصير
ملكا له فيجوز كل شراء بعد ذلك الشراء ولا يجوز الشراء الذي
قبله فيرجع المشتري الضامن بالثمن على بائعه وهذا بخلاف
ما اذا اجاز المالك هذه العقود حيث يجوز الجميع لانه اسقط
حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز وفي الضمان يثبت الملك
المستند فيستند الى حين القبض لا ما قبله وان اكره على اكل ميتة
او لحم خنزير او شرب دم او خمر ان لم يكن اي الاكراه ملجئا
بان لم يكن خوف على النفس والعضو لم يحل وان كان ملجئا
بان كان ذلك الخوف سواء كان بقتل او قطع او ضرب فان في
الضرب ايضا يوجد ذلك الخوف كما اذا كان مبرحا حل لان هذه
الاشياء مستثناة والاستثناء عن الحرمة في حال الضرورة
في اكراه غير ملجئ فان صبر وقتل اثم انما يأثم اذا علم بالاباحة
لان في انكشاف الحرمة خفاء لانه قد دخله اختلاف العلماء
فيعذر بالجهل فيه كما في المخمصة وعلى الكفر ملجأ رخص له ان يظهره
وقلبه مطمئن بالايمان وبالصبر اجر روي ان خبيبا وعمارا
ابتليا بذلك فصبر خبيب حتى صلب فسماه النبي عليه السلام سيد الشهداء
واظهر عمار وكان قلبه مطمئنا بالايمان فقال النبي عليه السلام فان عادوا
فعد اي عاد الكفار الى الاكراه فعد انت الى مثل ما اتيت واياه
من اجراء كلمة الكفر على اللسان فقلبك مطمئن بالايمان قال

في البدائع فقد رخص رسول الله عليه السلام في اتيان كلمة الكفر
بشرط اطمينان القلب بالايمان حيث امره عليه السلام بالعود الى
ما وجد منه فان قلت ادنى درجات الامر الاباحة وهي لا تجامع
الحرمة والحرمة غير منكشفة ههنا فما معنى الامر بالعود الى ما وجد منه
قلت لا شبهة في ان الرخصة مع قيام الحرمة اثر الخطاب صرح
بذلك العلامة التفتازاني في التلويح حيث قال لان ما اكره عليه
اما فرض او مباح او رخصة او حرام وكل ذلك من آثار الخطاب
فالاباحة الثابتة التي ادنى درجات الامر لا يقابل الحرمة تجامعها
قيل في الفرق بين هذا وبين شرب الخمر ان الشرب يحل عند الضرورة
والكفر لا يحل ابدا فيرخص اظهاره مع قيام دليل الحرمة ويرد عليه
ان يقال نعم ان الكفر لا يحل ابدا لكن الكلام في التكلم بكلمة الكفر
حال اطمينان القلب بالايمان وذلك في حالة الاضطرار ليس
بكفر وقد اشار المصنف الى هذا حيث قال له ان يظهر ما امر به
ولم يقل له ان يكفر فالصواب ان يقال والتكلم بكلمة الكفر لا يحل
اصلا ثم انه لا رخصة في اظهار الكفر انما الرخصة في اجراء كلمة
الكفر على اللسان في حالة الضرورة وذلك ليس بكفر حال طمانينة
القلب بالايمان وان كان محرما وانما اطنبنا الكلام في هذا
المقام لانه من مزال الاقدام ومضال الافهام ودون
غير ملجئ ورخص له اتلاف مال مسلم ملجئا وضمن المكره بكسر الراء

اذ المكره يصير آلة للمكره فيما يصلح آلة والاتلاف من هذا القبيل
لا قتله • فان قتل المسلم لا يحل بالضرورة اعلم ان ما اكره عليه ان كان
محرما يؤثر فيه الملجئ دون غير الملجئ من الاكراه ثم انه اربعة انواع
محرم تنجلي حرمته ويصير فرضا كاكل الميتة وشرب الدم في حالة
ومحرم تنجلي حرمته ولا يصير فرضا بل يبقى على الاباحة كالافطار
في نهار رمضان ومحرم لا تنجلي حرمته ولكن يرخص فيه كاجراء
كلمة الكفر على اللسان والقلب مطمئن بالايمان والمحرم لا تنجلي حرمته
ولا يرخص فيه كقتل مسلم واتلاف مال مسلم على ما ذكر في التحفة
والبدايع من النوع الثالث وعلى ما ذكر في الهداية والمحيط من النوع
الثاني • ويقاد المكره فقط • اي ان كان موجب القتل القصاص
لان القاتل كالآلة له هذا عندهما وعند ابي يوسف لا يجب على احد
للشبهة وعند زفر يجب على القاتل فقط لانه مباشر ولا يحل له القتل
وعند الشافعي يجب عليهما على القاتل بالمباشرة وعلى الحامل بالتسبيب
فان التسبيب عنده كالمباشرة • وصح نكاحه وطلاقه واعتاقه •
قياسا على صحتها مع الهزل وفيه خلاف الشافعي • قولا • انما قيده
لانه اذا كان فعلا كما اذا اشترى ذا رحم محرم منه لا يرجع المكره
على المكره بالقيمة ذكره صاحب البدايع وعلله بانه حصل له عوض
وهو صلة الرحم • ورجع بقيمة المعتق • يعني في صورة الاكراه على الاعتاق
لانه صلح آلة فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه ولا يرجع هو

اي المكره بالضمان عليه اي على المعتق لانه مؤاخذ باتلافه ••
ولا سعاية • اي على المعتق لانها للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير
ولم يوجد واحد منهما • ونصف المسمى ان لم يطأ • يعني في صورة
الاكراه على الطلاق وان لم يكن في العقد مسمى يرجع بما لزمه
من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بمجيء الفرقة من قبلها
وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف
الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر قد تقرر
بالدخول لا بالطلاق وما قيل المهر يجب بالعقد والطلاق شرط
والحكم لا يضاف اليه منشاؤه عدم التأمل في وجه التضمين واما
سقوطه بالفرقة بمجرد وهم فلا اعتبار له فليس بشيء لانه قد يقع
وقد اعتبر وبين حكمه فالقول بمجرد وهم من سوء الفهم وقوله فلا
له جراءة خارجة عن حد الادب كما لا يخفى • ونذره ويمينه وظهاره
ورجعته وايلاؤه وفيئه فيه • اي في الايلاء سواء كان
بالقول وبالفعل • واسلامه • الاصل عندنا ان كل عقد لا يحتمل
الفسخ فالاكراه لا يمنع صحته وكذلك كل ما يصح مع الهزل يصح
مع الاكراه والاسلام مما يصح بالاكراه لانه لما احتمل واحتمل رجحنا
الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى عليه بلا قتل لو رجع • لتمكن
الشبهة وهي دارئة للقتل • لا ابراؤه مديونه او كفيله وردته
فلا تبين عرسه ولو زني تحد الا اذا اكرهه سلطان • هذا

عنده وعندهما لا يحد فان قلت قد اختار قولهما فيما سبق حيث
قال وشرطه قدرة المكره على ايقاع ما هدد به سلطانا كان
او لصا فبعد ذلك لا وجه لتقرير هذه المسئلة على خلاف ذلك
قلت ليس تقريرها على خلاف ذلك فان مدار الجواب ههنا ليس على
ذلك الاصل الخلافي كما ذهب اليه كثير من الناظرين فيها بل على اصل
آخر قرره الزاهدي في شرح القدوري حيث قال لان الاكراه
لا يتصور فيه لان الوطي لا يحصل الا بانتشار الآلة ولا يتصور الاكراه
في الانتشار فكان طايعا فيجب الحد الا ان يكرهه السلطان
لان اقامة الحد اليه وهو الذي حمله عليه انتهى فمن قال كون الاكراه
مسقطا للحد متفق عليه فيما بينهم لكن هذا الاختلاف انما هو في
تحقق الاكراه من غير السلطان فان عنده الاكراه لا يتحقق من غير
السلطان فالزنا لا يكون مع الاكراه فيحد فاذا اكره السلطان
فزني لا يحد لوجود الاكراه ههنا وعندهما يتحقق الاكراه من السلطان
وغيره فلا حد في الصورتين فقد اخطأ اما اولا فلانه نسب
الى ابي حنيفة ما لا يرضاه لما عرفت انه لم يبن الجواب ههنا
على عدم تحقق الاكراه من غير السلطان واما ثانيا فلانه
نسب الى المصنف قبول الفرع ههنا مع رد الاصل فيما سبق وهل
هذا الا من قلة التدبر وقصور الدراية في هذا الفن وبعد اللتيا
والتي يتجه عليه ان يقال ان ابا حنيفة لا ينكر وقوع الاكراه من غير

السلطان مطلقا انما ينكره في الامصار والاكراه على الزنا
لا يختص بالامصار فلا وجه لبناء الجواب المذكور على ذلك الاصل

كتاب الحجر

هو في الشرع منع عن التصرف او وصفه كما ان
الاكراه على نوعين تام وهو الملجئ وناقص وهو غير الملجئ كذلك
الحجر على نوعين تام وهو المنع عن اصل التصرف وناقص وهو
المنع عن وصفه فمن فسره على الاول وقال هو المنع عن التصرف
او على الثاني وقال هو المنع عن نفاذ التصرف فقد قصر واعلم ان الحجر
في اللغة المنع مطلقا وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن منع مخصوص
بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص او عن نفاذه وتفصيله انه
منع حكمي للرقيق عن نفاذ تصرفه الفعلي الضار واقراره بالمال
في الحال وللصغير والمجنون عن اصل التصرف القولي ان كان ضررا
محضا وعن وصف نفاذه ان كان دائرا بين النفع والضرر
ومن زعم ان ما في الرقيق ليس بحجر في الحقيقة فلم يحقق معناه
وانما قلنا ان الرقيق يمنع عن نفاذ تصرفه الفعلي الضار في الحال
لانه اذا اتلف مال الغير لا يواخذ به في الحال انما يواخذ به بعد
العتق صرح به في البدايع واذا تحققت هذا فقد وقفت
على ان من قال هو منع نفاذ تصرف قولي لم يصب حيث اخرج
منع الرقيق عن نفاذ تصرفه الفعلي في الحال عن حد الحجر وكذا من
وجهه قائلا ان الحجر لا يتحقق في افعال الجوارح فالصبي اذا اتلف

مال الغير يجب الضمان وكذا المجنون • وسببه الصغر والجنون والرق
ما هو سبب الحجر مطلق الجنون الشامل للقوي والضعيف كما في المعتوه •
فلا يصح طلاق صبي ومجنون غلب • اي صار مغلوبا للجنون حيث
لا يفيق اي لا يزول عنه ما به من الجنون قويا كان او ضعيفا احترز به
عن الذي يجن ويفيق لانه كالنوم نص عليه ابو الحسن الكرخي
ومن وهم انه احترز به عن المعتوه فقد وهم لان طلاقه
ايضا لا يصح والغلبة بالتفسير المذكور شاملة له نعم قد يذكر هذا
القيد ويراد به الغلبة على العقل فيحترز به عن المعتوه كما وقع
في الهداية حيث قال ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال
قالوا ابهم المذكور اشتبه عليه المعنيان وظن ان المراد في
الكل من واحد فوقع فيما وقع • واعتاقهما واقرارهما وصح
طلاق العبد واقراره في حق نفسه لا في حق سيده • فلو اقر
اي العبد المحجور بمال اخر الى عتقه وبحد وقود عجل لانه في حق
دمه وايجاب الحد عليه مبقي على اصل الآدمية حيث لا يصح
اقرار مولاه بذلك عليه • ومن عقد منهم يعني عقدا يدور بين
الضرر والنفع لان الذي تمحض نفعا كقبول الهبة نافذة
والذي تمحض ضررا كالهبة لا ينعقد اصلا • وهو يعقله اجاز
وليه او رده • المجنون الذي يعقل هو المعتوه الذي يختلط
كلامه فيشبه تارة كلام العقلاء واخرى لا • وان تلفوا مالا

مقوما

مقوما ضمنوا • الا ان ضمان العبد بعد العتق على ما مر فالحجر فيه
اثر تأخير النفاذ لا في اصله ممن قال ان الصغر والجنون والرق
يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال اراد الحجر عن اصل
النفاذ • ولا يحجر حر مكلف بسفه وفسق ودين • وقالا يحجر عليه
بسبب السفه والدين في تصرفات لا يصح مع الهزل كالبيع والهبة
والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق ونحوها
وقال الشافعي يحجر عليه بالكل كذا في التبيين فالحجر بسبب الفسق
في قول الشافعي لا في قولهما وهذا ظاهر من الهداية ايضا •
وغفلة • وعندهما وهو قول الشافعي يحجر عليه القاضي بسبب الغفلة
ويمنع لم يقل ويحجر لان هؤلاء لا يحجرون حجرا مصطلحا بل يحجرون
بمعنى المنع الحسي صرح به صاحب البدائع حيث قال وليس المراد به
حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف الا يرى
ان المفتي لو افتى بعد الحجر واصاب في الفتوى جاز ولو افتى
قبل الحجر واخطأ لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر
نفذ بيعه فدل انه ما اراد به الحجر حقيقة وانما اراد به المنع الحسي
اي يمنع هؤلاء الثلثة عن عملهم حسا لان المنع عن ذلك
من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فلا يلزم التناقض يعني
بين قوله اسباب الحجر ثلثة وبين قوله ان هؤلاء الثلثة يحجر •
مفت ماجن • هو الذي يعلم الناس الحيل قال في الجمهرة مجن الشيء

يمجن اذا صلب وغلظ وقولهم رجل ماجن فكانه ما اخذ من غلظ الوجه وقلة الحياء وليس بعربي محض ومتطبب جاهل ومكار مفلس هو الذي يكاري الدابة ويأخذ الكراء فاذا جاء اوان السفر لا دابة له ولا مال له ليشتري به الدابة فانقطع المكتري عن الرفقة فان بلغ اي الصبي غير رشيد لم يسلم اليه ماله اتفاقا لقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالهم الى قوله فان آنستم منهم رشدا حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة هذا عنده وعندهما لا يدفع ماله اليه ابدا حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه لظاهر النص المذكور انفا وله ان هذا السن مظنة الرشد لانه حال كماله فيدور الحكم معها وصح تصرفه ولو كان من التصرفات المتمحضة ضررا قبله اي قبل الحجر وبعده اي بعد البلوغ الى السن المذكور يسلم اليه ولو بلا رشد لان العبرة الدليل الرشد لا لحقيقته وحبس القاضي الحر المديون حتى يبيع ماله لدينه لم يقل لبيع ماله لدينه لان ابا حنيفة لا يقول بالحبس للبيع حتى قال في رد قولهما حتى يحبس لا ظلم الحبس لقضاء الدين لا للبيع والتفصيل يطلب من الهداية وشروحه وقضى دراهم دينه من دراهمه وباع دنانيره لدراهم دينه وبالعكس استحسانا لانهما متحدان في الثمنية والقيمة ان لا يبيع احدهما لاجل الاخر لانهما مختلفان لا عرضه ولا عقاره وقالا اذا امتنع المديون بعد ما افلس باحاطة الديون بماله

حتى يحتاج الى تقسيم الغرماء عن بيع العرض والعقار للدين فالقاضي يبيعهما ويقضي دينه بالحصص ومن افلس ومعه اي في قبضه باذن البايع عين شراه ولم يؤد ثمنه لم يذكر هذا القيد اكتفاء بما فهم من قوله فبايعه اسوة للغرماء وقال الشافعي يحجر القاضي المشتري بطلبه ثم للبايع خيار الفسخ **فصل** بلوغ الغلام بالانزال لم يذكر الاحتلام والاحبال لان البلوغ عندهما يتحقق الانزال والجارية بالحيض والحبل فان لم يوجد فحتى يتم له ثماني عشرة سنة ولها سبع عشرة سنة وقالا فيهما بتمام خمس عشرة وبه يفتى قال صدر الاسلام والفتوى في زماننا يجب ان يكون على قولهما لقصور اعمار اهل زماننا وادنى مدته اثنا عشر سنة ولها تسع سنين فان راهقا فقالا بلغنا صدقا وهما كالبالغ حكما

كتاب المأذون

الاذن المعتبر ههنا فك الحجر في التجارة لا بد من هذا القيد لان الحجر لا ينفك عن العبد المأذون في غير باب التجارة واسقاط الحق يعني حق المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبرا على سيأتي والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والولي ان كان صبيا وعند زفر والشافعي هو توكيل وانابة فيتصرف العبد عطف على المعنى فكأنه قال اذا اذن المولى

ينفك العبد من الحجر فيتصرف الخ وانما خص البيان به لخفاء
والا فالحكم مشترك لنفسه باهليته ولهذا لا يرجع على المولى
بما لحقه من العهدة ومن قال بانه ليس بتوكيل والوكيل هو الذي
يتصرف بغيره لم يدر انه ان قصد الحصر لا يصح الكلام والا فلا يتم
المرام كما لا يخفى على ذوي الافهام فلم يرجع بالعهدة على سيده
ولم يتوقت عليه لمجموع المعطوفين متفرع على مجموع جزئي التعريف
على التوزيع فان عدم الرجوع لكون الاذن فك الحجر وعدم
التوقيت لكونه اسقاطا فان الاسقاط لا يتوقت الا انه
اخر هذا عن قوله فيتصرف العبد لنفسه باهليته لان ظهور
التفريع الاول بواسطته فعبد اذن يوما مأذون حتى يحجر عليه
تفريع على قوله ولم يتوقت وقوله ولم يتخصص بنوع عطف
على قوله لم يتوقت فيشاركه في التفريع على انه اسقاط الحق
فان اسقاط حق المنع اطلاق عن ذلك القيد فلا يتخصص
بتصرف والمراد انه اذا اذن في نوع من التجارة يعم اذنه
في الانواع وفيه خلاف الشافعي ويثبت دلالة فعبد رآه سيده
يبيع ويشتري انما اطلقهما اذ لا فرق بين ان يبيع عينا
مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا
وسكت مأذون دفعا للغرور خلافا لزفر والشافعي وصريحا
فلو اذن مطلقا صح كل تجارة منه بين الحكم في صورة الاذن

المطلق عن قيد العموم والخصوص ليعلم الحكم في صورة الاذن المقيد
بقيد العموم بطريق الدلالة واما حكم الاذن المقيد بقيد الخصوص
فقد بين فيما سبق فلا يذهب الوهم الى نفي الحكم عنه بطريق المفهوم
فان العبرة للمفهوم عند عدم التصريح بخلافه ومن ذهب عليه هذا قال
ما قال وماذا بعد الحق الا الضلال ويبيع ويشتري ولو بغبن
فاحش لانه من باب التجارة وقالا لا يصح بالغبن الفاحش لانه
تبرع ويوكل بهما ويرهن ويرتهن ويتقبل الارض اي يأخذها
قبالة بالاستئجار والمساقاة ويأخذها مزارعة ويشتري
بذرا يزرعه ويشارك عنانا انما قال عنانا احترازا عن المفاوضة
ويدفع المال ويأخذه مضاربة ويستأجر اي يستأجر شيئا
كالاجير والبيت وغيرهما ويؤجر نفسه خلافا للشافعي ويعير
ويودع ويغصب ويضمن ويهدي طعاما يسيرا في قوله طعاما
اشارة الى انه لا يجوز ان يهدي من غير المأكول اصلا
ويضيف من يطعمه ويحط عن الثمن بعيب قدرا معهودا ولا
ولا يزوج رقيقه وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل للمال
بمنافعها فاشبه الاجارة ولهما انه ليس من التجارة
ولا يكاتبه ولا يعتق اصلا ولا يقرض ولا يهب ولو بعوض
وقالوا لا بأس للمرأة ان تتصدق بشيء يسير من بيت زوجها
للاذن عادة هذه المسألة ليست من هذا الباب لكنها

الاذن شايعا والامة ان استولدها وقال زفر لا تحجر
الامة بالاستيلاد لانه يجوز اذن المستولدة ولنا ان فيه
دلالة الحجر لكن اذا اذنها صريحا فهو يفوق دلالة الحجر لا
ان دبرها وضمن قيمتها للغرماء اى فى صورة الاستيلاد والتدبير
ان كان عليهما دين محيط غرم السيد قيمتها ولا غرم مازاد على
القيمة لانه لم يحبس الا الرقبة فعليه قيمتها ولو حجر فاقر ان معه
امانة او غصب او دين عليه صح وقالا لا يصح لان المصحح
لاقراره ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد
فالحجر ابطلها وله ان المصحح اليد وهى باقية ولو شمل دينه ماله
ورقبته لا يملك سيده ما معه وقالا يملك لان الرقبة ملكه
فكذا الاكساب وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد
عند فراغه عن حاجته كملك الوارث وههنا مشغول بها لا يبقى
ههنا شئ وهو انه حينئذ لا يمشى فيه ما ذكر فى كون الرق
مانعا عن الارث فلم يعتق عبد كسبه باعتاق سيده
تفريع على ما سبق وقالا يعتق لانه ملكه ويضمن قيمته للغرماء
ان كان موسرا فلهم ان يضمنوا العبد المعتق ويرجع العبد به
الى المولى ذكره الكرخى فى مختصره وعتق ان لم يحط دينه
اى برقبته وكسبه ويبيع اى المأذون المديون
من سيده بمثل القيمة لعدم التهمة لا باقل لان فيه تهمة فلا يجوز

ذكرت للمناسبة وكل دين وجب بتجارته او بما هو فى معناها
كبيع وشراء واجارة واستيجار وغرم وديعة وغصب وامانة
جحدها وعقر وجب بوطئ مشتراة بعد الاستحقاق يتعلق بكسبه
الذى حصل قبل الدين او بعده وبما اتهب اى وهب له وقبل
الهبة ثم برقبته قال فى التبيين يبدأ بالكسب لانه اهون على
المولى مع ايفاء حق الغرماء وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وفيه دفع
للضرر عن الغرماء يباع فيه ويقسم ثمنه بالحصص الا ان يفديه
المولى وقال زفر والشافعى لا يباع هو فى الدين لكن يباع
كسبه لان غرض المولى حصول ما لم يكن لا تفويت مال قد كان
وقد مر الاشارة الى وجه قولنا لا بما اخذ سيده
منه قبل الدين وطولب بما بقى اى طولب العبد بما بقى من الدين
زايدا عن كسبه وثمنه بعد عتقه وللسيد اخذ غلة مثله مع
وجود دين وما زاد للغرماء وحجر ان ابق وقال زفر والشافعى
لا يحجر لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن فلان لا يمنع بقاءه
وهو دونه اولى ولنا ان دلالة الحجر قائمة لان المولى
لا يرضى باسقاط حقه حال تمرده اما اذا اذنه صريحا فهو يفوق
دلالة الحجر او مات سيده او جن مطبقا او لحق بدار الحرب
مرتدا او حجر عليه بشرط ان يعلم هو واكثر اهل سوقه اما الشرط
الاول فلدفع الغرور عن الناس واما الشرط الثانى اذا كان

وهذا لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له ان يبطل حقهم والا
ان باعه من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن او يسيرا ولكن
يخير بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع لان في
المحاباة ابطال حق الغرماء في المالية. وسيده منه بمثلها
لا باكثر. لان المولى اجنبي من كسبه عنده اذا كان عليه دين الكلام
فيه وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان
المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع فيثبت لكل منهما
ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد. فلو حابى به. اي بالاكثر حط
الفضل او نقض البيع. اي يؤمر السيد بان يفعل واحدا
منهما. وبطل ثمنه لو سلم مبيعه قبل قبضه وله حبس مبيعه لثمنه
اي للسيد ولاية حبس المبيع لقبض الثمن فان سلم المبيع قبل
قبض الثمن ابطل حقه في العين فلم يبق له حق الا في الدين
والمولى لا يستوجب على عبده دينا فيبطل الثمن. فصح اعتاقه
مديونا. اي اعتاق المولى العبد المأذون حال كونه
مديونا سواء كان الدين محيطا او لم يكن لان ملكه فيه باق
وضمن السيد الاقل من دينه وقيمته. قال في شرح الطحاوي
والغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا العبد بالدين وان
اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين انتهى ثم ان تضمينهم
الدين اذا كان هو الاقل لان حقهم ليس الا فيه وتضمينهم القيمة

اذا كان

اذا كانت هي الاقل لانه تعلق حقهم بالرقبة وهو اتلفها
وهو فضل دينه. اي ضمن المأذون الذي عتق ما زاد
على القيمة من الدين فان بيع عبد فهو ذو دين محيط
برقبته وغيبه المشتري انما قيد بهذا لان الغرماء اذا
قدروا على العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الا ان يقضي المولى
ديونهم لان حقهم تعلق برقبته. اجاز الغريم بيعه وله تضمينه
او ضمن المشتري او البائع قيمته فان ضمنه اي البائع.
ورد عليه بعيب رجع على الغريم. اي رجع البائع على الغريم
بقيمته وعاد حقه. اي حق الغريم. في العبد فان باعه سيده
معلما بدينه. فائدة هذا القيد تظهر في المسئلة الآتية. القائلة
ولا يخاصم المشتري منكرا فانه دل بمفهومه على انه يخاصم مقرا
فلا بد في المسئلة من فرض العلم حتى يتيسر تصوير الانكار مرة
والاقرار اخرى. فللغريم رد بيعه ان لم يصل ثمنه اليه انما
اعتبر هذا الشرط لانه اذا وصل اليه الثمن لا يكون له حق رد
للبيع لان قبضه الثمن دليل الرضاء للبيع الا اذا كان فيه
محاباة اذ حينئذ له ان يقول انما قبضت الثمن لاعتقادي
انه تمام القيمة ولذلك قال وان وصل ولا محاباة لا حيث
لم يكتف بمجرد وصول الثمن بل ضم اليه عدم المحاباة في البيع هكذا
ينبغي ان يلاحظ في هذا المقام ولا يلتفت الى ما في الشرح

والحواشي من حشادي لاؤتمام ثم ان كانت فيه محاباة
فاما ان يرفع المحاباة او ينقض البيع ولا يخاصم المشتري
منكر اذنه ان غاب بايعه لانه ليس خصما له وقال ابو يوسف
هو خصمه ويقضي للغرماء بدينه لانه يدعي الملك لنفسه فيكون
خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد
وفي الفسخ قضاء على الغائب ولو اشترى عبد وباع ساكتا
عن اذنه صح فهو مأذون عبد قدم مصرا وباع واشترى
فهو مأذون سواء قال انا مأذون في التجارة او سكت
عن الاذن والحجر لان تصرفه دليل الاذن بل لان
المقام مقام الضرورة وامر المسلم محمول على الصلاح فيحمل عليه
ضرورة كذا في شرح الجامع الصغير فلا بد في المسئلة من تقييد العبد
بالمسلم ولا يباع لدينه الا اذا اقر سيده باذنه اذ الاذن
لا يظهر في حقه اذا لم يقر بالاذن والمعاملون لم يغرهم المولى
وانما تضرروا بالاعتماد منهم على ظاهر الحال وتصرف الصبي ان نفع
كالاسلام والاتهاب صح بلا اذن وان ضر كالطلاق
والاعتاق لا وان اذن به وما نفع وضر كالبيع والشراء
علق باذن وليه اكتفاء بالاهلية القاصرة في النافع وشرطا
للكاملة في الضار ودفعا للضرر بانضمام رأي الولي في المتردد
بينهما وعند الشافعي لا يصح تصرفه باجازة الولي وكذا لا يصح

اسلامه وشرطه ان يعقل البيع سالبا للملك والشرى جالبا له
ووليه ابوه ثم وصيه بعد موته ثم جده اي ان لم يكن الاب
ولا وصيه ثم وصيه بعد موته ثم القاضي او وصيه ايهما تصرف
يصح واضافة الوصي الى القاضي باعتبار ان وصايته كالاب
والجد ثابتة من جهته والا فلا ايصاء الا استخلاف بعد الموت
وهو يتصرف حال حيوة القاضي ولذلك لم يقل بينهما ثم وصيه
ولو اقر اي الصبي المأذون بالتجارة بما معه من كسبه لانه
من تمام التجارة اذ لو لم يصح لا يعامله الناس او ارثه صح
لان الحجر ارتفع بالاذن فصار كالبالغ فصح اقراره بالارث
ايضا هذا في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه لا يصح في الارث
لان صحته في الكسب لما ذكرنا انه من توابع التجارة والارث
ليس منها

كتاب الغصب

هو لغة اخذ الشيء مالا كان
او غير مال من الغير على سبيل التغلب وشرعا اخذ مال
فلا يتحقق في الميتة والحر متقوم فلا يتحقق في خمر المسلم محترم
فلا يتحقق في مال الحربي بلا اذن من له الاذن احترز به عن
الوديعة وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ مملوكا
ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف
وليس بمملوك اصلا صرح به في البدائع مزيل يده بفعل في العين
لا بد من هذا القيد على اصل الشيخين وبدونه ينطبق الحد

على قول محمد على ما ستقف عليه فان قلت هذا القيد لا يتحقق
في الغصب عن الغاصب قلت غاصب الغاصب ليس بغاصب
بل ملحق به في اجراء احكامه عليه على ما اشير اليه في المحيط واعلم
ان الشيخين اعتبرا في الغصب ازالة اليد المحقة باثبات
اليد المبطلة بفعل في العين ومحمدا اكتفى بازالة اليد المحقة مطلقا
والشافعي باثبات اليد المبطلة ويتفرع على هذا مسائل منها
ان زوائد المغصوب لا تكون مضمونة عندنا خلافا للشافعي
لتحقق اثبات اليد المبطلة دون ازالة اليد المحقة ومنها
ان العقار لا يغصب عندهما لعدم تحقق الازالة بفعل فيه لان
يد المالك لا تزول الا باخراجه عنه وهو فعل فيه لا في العقار
خلافا لمحمد والشافعي لتحقق مطلق الازالة والاثبات ومنها
ما ذكر بقوله واستخدام القن وحمل الدابة غصب لا جلوسه على
البساط اذ في الاولين اثبت اليد المتصرفة ومن ضرورته
ازالة يد المالك بخلاف الاخير فان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه
فان قلت اليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا ان
في السرقة خصوصية بها كانت من جملة اسباب الحد فدخل
مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي
دخولها باعتبار اصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فانه غصب
مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من

خصوصية

خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة
تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل
الخفية ولم يدر انه يخرج عنه بعض افراد الغصب كما اذا دخل
محرز على سبيل الخفية وحكمه الاثم ان علم ورد العين قائمة في
مكان غصبه لتفاوت القيم باختلاف الاماكن والغرم
هالكة علم او لم يعلم لانه حق العبد فلا يتوقف على العلم ويجب
المثل في المثلي فان قلت يشكل هذا بما اذا غصب المسلم خمر الذمي
واتلف فان الواجب قيمتها مع انها من ذوات الامثال
قلت بل الواجب فيه ايضا المثل قال الناطفي في الاجناس
لو اتلف على الذمي خمرا الواجب هو المثل كالمكيل والموزون
والعددي المتقارب المراد بالموزون ما لا يخرجه الصنعة
عن بيعه بحسب الوزن بان يكون مقابلته بالثمن مبنيا
على الوزن فمثل القمقمة والقدر ليس منه ومن قال ان الحال
في المكيل والعددي ايضا كذلك فقد ارتكب ما لا حاجة
اليه ولم يدر انه يضيع قيد المتقارب لان ما يكون
مقابلته بالثمن مبنيا على العد لا يكون متقاربا فان انقطع
المثل فقيمته يوم يختصمان لان القيمة تجب يوم الخصومة هذا
عنده وعند ابي يوسف يوم تحقق السبب وهو الغصب
فانه اذا انقطع المثل التحق بما لا مثل له وعند محمد يوم الانقطاع

لانه حينئذ ينتقل الى القيمة قيل في تضعيف قول ابي حنيفة
انه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تتغير بكثرة
الرغبات وقلتها وبمدافع المعدوم متعذرا ومتعسر لكنه
ضعيف لان هذا الانقطاع على ما ذكر في سلم الذخيرة ان
لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت
واما ما قيل لم ينتقل الى القيمة يوم الانقطاع اذا لم يوجد
من المال طلب فهو جواب ابي حنيفة عما تمسك به محمد مذكور
في الهداية • وفي غير المثلي قيمته يوم غصبه كالعددي اي الذي
يعد ويكون افراده متفاوتة لا الذي يقابل بالثمن مبنيا
على العد لان قيد المتفاوت يأباه على ما نبهت عليه فيما سبق
ثم انه لم يعلم هو العددي لانه غير منحصر فيه فان المذروعات
ايضا • فان ادعى الهلاك مرتبط لما تقدم من وجوب
رد العين قائمة • حبس حتى يعلم انه لو بقي لظهر ثم قضي عليه بالبدل
من المثل والقيمة • وشرطه كون المغصوب نقليا فلو غصب
عقارا وهلك في يده لم يضمن قد مر اصل هذا وما فيه من خلاف
محمد والشافعي والاشارة الى منشأ الخلاف • وضمن ما نقص بفعله
كسكناه وزرعه لانه اتلاف والعقار يضمن به وان لم يضمن بالغصب
عندهما • وباجارة عبد غصب عطف على قوله بفعله اي ان استغل
المغصوب بان كان عبدا مثلا فآجره • فنقصه الاستغلال ضمن

النقصان

النقصان • وتصدق باجره واجر مستعاره وربح حصل بالتصرف
في مودعه او مغصوبه متعينا بالاشارة او بالشراء • عطف
على قوله بالتصرف • بدراهم الوديعة او الغصب ونقدها
يعني يتصدق الربح الحاصل فيما اذا كانا مما يتعين بالاشارة
وان لم يكونا منه فانما يتصدق ان لو اشار اليها ونقدها
وان اشار اليها ونقد غيرها او الى غيرها او اطلق ونقدها
اي لم يشر الى شيء بل قال اشتريت بالف درهم الوديعة
او الغصب لا • اي في هذه الصور الثلث فيطيب الربح لم يتصدق و
هذا على قول الكرخي • وبه يفتى • وفي التبيين قال مشايخنا لا يطيب
بكل حال وهو المختار واطلاق الجوامع الجامعين والمضاربة
يدل على ذلك واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا
لكثرة الحرام هذا كله على قولهما وعند ابي يوسف لا يتصدق
بشيء منه • وان غصب وغير فزال اسمه واعظم منافعه ضمنه
وملكه بلا حل قبل اداء بدله • اي لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي
بدلها استحسانا والقياس ان له ذلك وهو قول الحسن وزفر
لثبوت الملك من الحقائق • كذبح شاة وطبخها او شيها
او طحن بر وزرعه • وجعل حديد سيفا وصفر اناء • والبناء
على ساجة • خشبة عظيمة صلبة تجلب من بلاد الهند وتستعمل في
ابواب الدور وبنائها واساسها ذكر في غاية البيان •

ولبن لانه احدث صنعة متقومة صير بها حق المالك
هالكا من وجه وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك عنه لان
العين باق ولا يعتبر فعل الغاصب لانه محظور فلا يصير سببا
للملك واعلم ان هذا الحكم الذي ذكره في الساجة فيما اذا كانت
قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة واما اذا كان قيمة الساجة اكثر
من قيمة البناء فلم يزل ملك مالكها كذا في الذخيرة وان ضرب
الحجرين درهما ودينارا او اناء لم يملكه وهو لمالكه بلا شيء عنده هذا
وعندهما يملكها الغاصب وعليه مثلهما قياسا على غيرهما وله ان
العين باق من كل وجه الا يرى ان الاسم باق ومعناه الاصلي
الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى جرى فيه الربوا
واذا ذبح شاة غيره طرحها المالك عليه واخذ قيمتها او اخذها
وضمنه نقصانها وكذا لو خرق ثوبا وفوت بعض العين بعض
نفعه لا كله فانه لو فوت كل النفع ضمنه كل القيمة وفي يسير نقصه
ولم يفوت شيئا منها ضمن النقص ومن بنى في ارض غيره
او غرس امر بالقلع والرد قال الزاهدي في شرح القدوري
بعلامة صاحب المحيط عن فتاوى خواهرزاده اذا كانت
قيمة الساجة اقل من قيمة البناء ليس له ان يأخذها وان كان
اكثر فله ذلك وكذا في الساحة وزعم ان هذا هو المذهب
قال مشايخنا هذا قريب مما ذكر محمد ان دجاجة انسان

ابتلعت لؤلؤة الغير ينظر الى قيمتهما ويجبر صاحب الاكثر وللمالك
ان يضمن له قيمة بناء او شجر امر بقلعه ان نقصت نقصت
الارض بالقلع ثم بين طريق معرفة قيمة ذلك فقال فيقوم بلا بناء
او شجر ويقوم مع احدهما مستحق القلع قيمة المستحق بالقلع
بناء كان او شجرا اقل من قيمته مقلوعا بمقدار اجرة القلع
فيضمن الفضل وان حمر الثوب او صفره او لت السويق بسمن
ضمنه قيمته ابيض ومثل سويقه لانه مثلي بخلاف الثوب فانه يجب
فيه القيمة واخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن وان سود ضمنه قيمته
ابيض واخذه ولا شيء للغاصب عنده وقالا التسويد
كالتحمير وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا
ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه
السواد فهو كالحمرة وقال الشافعي في الثوب لصاحبه ان يمسكه
ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة
لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر
ولنا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب
لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة لان النقض له بعد النقض
اما الصبغ يتلاشى

فصل

لو غيب ما غصب وضمن المالك
قيمته ملكه خلافا للشافعي لما ان الغصب محظور فلا يكون
سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله

والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف
المدبر لانه غير قابل للنقل. وصدق الغاصب في قيمته مع حلفه
ان لم تقم حجة الزيادة فان ظهر وقيمته اكثر وقد ضمن الغاصب
بقوله اخذه المالك ورد عوضه او امضى الضمان وان ضمن
بقول مالكه او بحجته او بنكول غاصبه فهو له ولا خيار للمالك
لانه قد تم له الملك بسبب اتصل به رضى المالك حيث ادعى هذا
المقدار. ونفذ بيع غاصب ضمن بعد بيعه لا اعتاقه لم نقل
لا اعتاق لانه ينفذ اذا كان من المشتري من الغاصب
الذي ضمن بعده. لا لان الملك المستند كاف لنفاذ البيع دون
الاعتاق لانه منقوض باعتاق المشتري من الغاصب بل لان الغصب
غير موضوع لافادة الملك. وزوائد الغصب متصلة كالسمن
والحسن ومنفصلة كالولد والثمر لا تضمن الا بالتعدي او المنع
بعد الطلب. وقال الشافعي مضمونة قران هذا مبني على الاختلاف
في حد الغصب. وضمن نقصان ولادة معه وجبر بولد به في
خلافا لزفر والشافعي فان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه ولنا
ان سبب الزيادة والنقصان شيء واحد وهو الولادة
او العلوق وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا. ولو زنى
بامة غصبها فردت حاملا فولدت فماتت ضمن قيمتها يوم علقت
وقالا لا يضمن يعني جميع قيمتها ولكن يضمن نقصان الحبل لهما ان سبب

التلف هو الولادة حصل عند المالك بعد صحة الرد من الغاصب
لان العيب لا يمنع صحة رد الامة لخروج عن عهدة رد الاصل
وبقي في عهدته النقصان والعيب كذا في المحيط وله انه غصبها
وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد
الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد بخلاف الحرة لانها
لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد. ومنافع
ما غصب عطف على الحرة استعمله او عطله. وعند الشافعي مضمونة
باجر المثل في الصورتين وعند مالك مضمونة في الاولى دون
الثانية وعدم الضمان عندنا لعدم التقوم فان تقومها
في العقد ضرورة. واتلاف خمر المسلم وخنزيره وان اتلفهما
لذمي ضمن خلافا للشافعي له ان الذمي تبع للمسلم فلا تقوم
في حقه ولنا انه متروك على اعتقاده. ولو غصب خمر مسلم
فخللها بما لا قيمة له سواء كان مالا كما اذا القى فيها حنطة او شعيرا
يسيرا من الملح بحيث لا قيمة له او لم يكن كما اذا شمسه ذكره في
المحيط. او جلد ميتة فدبغه به اي بما لا قيمة له كالتراب
والشمس اخذهما المالك بلا شيء ولو اتلفهما ضمن ولو خللها
بذي قيمة كالملح الكثير والخل ملكه ولا شيء عليه هذا عنده وعندهما
اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه ان كان التخليل بالملح وان
كان بالخل فكذا عند ابي يوسف وعند محمد ان كان خلا من

ساغته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه وان كان خللا بعد ما ان
فهو بينهما على قدر كيلهما قال ابو الليث وبه ناخذ ذكره في الكافي
ولو دبغ به الجلد اي بشيء له القيمة كالقرظ والعفص اخذه
المالك ورد ما زاد الدبغ او ضمنه قيمته اي قيمة الجلد
للغاصب يعني اذا اختار المالك اخذه ودفع ما زاد
الدبغ حتى ياخذ حقه كحق حبس المبيع للبايع لاجل الثمن وان هلك
في يده سقط عن المالك قيمة الزيادة كذا في الحقائق
ولو اتلفه لا يضمن قيمة الجلد للمالك عنده وقالا يضمن الجلد مدبوغا
ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه لهما انه باق على ملك المالك
حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فضمنه مدبوغا
بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ وله ان التقوم حصل
بصنع الغاصب وصنعة متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه
ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فكان
حقا له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون
عليه وكذا التابع اذا هلك من غير صنعه ومن قال والحاصل انه
اذا خلل او دبغ بما لا قيمة له اخذهما المالك لان الاصل حقه
وليس من الغاصب سوى العمل ولا قيمة له اما اذا خلل او دبغ
بذي قيمة يصير ملكا للغاصب ترجيحا للملك المتقوم على غير المتقوم
والفرق لابي حنيفة بين الخل والجلد ان المالك ياخذ الجلد

ولا يأخذ

ولا ياخذ الخل لان الجلد باق لكن زال عنه النجاسات والخمر غير باقية
بل صارت حقيقة اخرى وانما لا يضمن الجلد عنده اذا اتلفه
لانه غصب جلدا غير مدبوغ ولا قيمة له والضمان يتبع المتقوم
لكن العين اذا كان باقيا لا يشترط فقد اخطا في مواضع
من كلامه الاول في قوله يصير ملكا للغاصب وذلك ان الجلد
لا يصير ملكا للغاصب بالدباغة صرح به في المحيط حيث قال ان
الغاصب وان احدث وصف المالية في الجلد لكن لم يستهلك
الجلد من وجه فلم يملك الجلد الثاني في قوله بل صارت حقيقة اخرى
فانه لو كان كذلك لكان الغاصب مالكا له سواء خللها
بما له قيمة او بما لا قيمة له وليس كذلك فانه صرح في الهداية
بان التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه والحق
ان العين باقية بعد التخلل على ما نص عليه في باب الوكالة من
اهل الكفر من المبسوط والثالث في قوله لانه غصب جلدا غير
مدبوغ وذلك ان ما ذكر من العلة قائمة بعينها فيما اذا اتلفه
بعد ما دبغه بما لا قيمة له مع ان الحكم تخلف عنها فيه لوجوب الضمان
فيه عنده فالوجه الصحيح ما في الهداية وقد ذكرناه فيما سبق ومن
بكسر معزف المعزف نوع من الطنابير يتخذه اهل اليمن والمعازف
هي آلات اللهو التي يضرب بها واحدها المعزف ذكره في المغرب
اراد ضمان قيمته خشبا منحوتا وذكر في المنتقى خشبا الواحا

كذا في البدائع وقال لا يضمن اصلاً واما طبل الغزاة والدف
الذي يباح ضربه في العرس فمضمون بالاتفاق وانما لم يقل
لمسلم كما قال صاحب الهداية لعدم الفرق بين كونه له وكونه
لكافر قال في سير المحيط كذلك المزامير والطنابير ومن كسر
شيئاً من ذلك لم يضمن لان هذه كبيرة في الاديان كلها
ولم يقروا عليها وإراقة سكر ومنصف وصح بيعهما خلافاً
لهما في الموضعين وفي ام ولد غصبت وهلكت لا يضمن
بخلاف المدبر لان المدبر متقوم لا ام الولد هذا عنده وقالا
لا يضمنها لتقومها ومن حل قيد عبد غيره او رباط دابة
او فتح باب اصطبلها او قفص طائر فذهبت خلافاً لمحمد له
ان الطائر مجبول على النفار ولهما انه توسط فعل المختار
او سعى الى سلطان من يؤذيه ولا يدفع بلا رفع او من يسعى
عطف على من يؤذيه ولا يمتنع بنهيه او قال مع سلطان
قد يغرم وقد لا انه وجد مالا فغرمه شيئاً لا يضمن وان غرم
البتة ضمن وكذا الساعي بغير حق عند محمد زجراً له وبه يفتى وعندهما
لا يضمن الساعي لانه توسط فعل فاعل مختار

كتاب الشفعة

هي في الشرع تملك مبيع عقاراً قيد به وهو كل ماله اصل وقرار
من ضيعة ودار لان الشفعة اصالة انما يثبت فيه
وما في معناه كالعلو ذكره في التحفة جبراً يعني لا يعتبر اختياره

لانه يعتبر عدم اختياره لم يقل على مشتريه لانه قد يكون على بائعه
كما اذا اقر البائع بالبيع وانكر المشتري قال في الغناية والصغرى
ان الشفعة يعتمد زوال الملك عن البائع لا على ثبوته للمشتري
ولهذا تثبت اذا باع بشرط الخيار للمشتري بمثل ثمنه اي بماله
في المالية وان كان مغايراً له في الصورة فيعم القيمة قال في المحيط
واذا وجبت الشفعة فان كان الثمن من ذوات الامثال وجبت
بمثله وان لم يكن منها كالعبد والثوب وجبت بقيمته وقال
الشافعي ومالك يأخذ بقيمته وتجب اي تثبت بعد البيع
لم يقل بالبيع لانه شرط والسبب هو الاتصال وتستقر بالاشهاد
اراد بالاشهاد طلب المواثبة وانما قال تستقر به لان حق
الشفعة قبل هذا متزلزل بحيث لو اخر يبطل واذا لم يوخر
تستقر اي لا يبطل بعد ذلك ويملك بالتراضي وبقضاء القاضي
قال في التحفة قالوا ان حق الشفعة يجب عند البيع ويتأكد
بالطلب ويثبت الملك بقضاء القاضي او بالتراضي من الخصمين
بقدر رؤس الشفعاء لا الملك خلافاً للشافعي للخليط
في نفس المبيع ثم للشريك في حقه من قال ثم له في حق المبيع اخصر
فيما حقه الاظهار واظهر فيما يكفي فيه الاضمار كالشرب
والطريق خاصين كشرب نهر لا يجري فيه السفن وطريق
لا ينفذ ثم لجار ملاصق بابه في سكة اخرى كواضع جذع على

حائط. انما ذكره ليعلم انه جار لا خليط وعند الشافعي لا تثبت
الشفعة الا للاول ذكره في التحفة والمحيط والاسرار والايضاح
ويطلبها الشفيع في مجلس اخبر فيه بالبيع. قال مشايخنا والصحيح
ان يقول القاضي للشفيع متى اخبرت بالشراء ولا يقول
متى علمت ثم ان اعتبار المجلس على اختيار الكرخي وفي الاصل
عن محمد اشارة الى ذلك وعند عامة علمائنا على الفور كذا في
الخلاصة. بلفظ يفهم منه طلبها كطلبت الشفعة ونحوه. مثل انا طالب
للشفعة او اطلبها. وهو طلب مواثبة. اخذوها من قوله
عليه السلام الشفعة لمن واثبها اي طلبها على سبيل المبادرة
والمسارعة. ثم يشهد. هذا اذا لم يكن طلب المواثبة عند احد العاقدين
ولا عند الدار واما اذا كان عند احدهما او عند الدار واشهد
على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين. عند العقار
او على من له الملك واليد. قال في التحفة ان كان المبيع لم يقبض
بعد فالشفيع بالخيار بين مطالبة البايع والمشتري وبطلب
عند المبيع والاشهاد عليه لان المشتري مالك والبايع صاحب
يد فيصح من الشفيع المخاصمة معهما لينتقل الملك واليد فاما المبيع
يتعلق الشفعة به فيقوم الطلب عنده مقام الطلب فيهما باعتبار
الحاجة. من مشتر او بايع فيقول اشترى فلان هذه الدار
وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الان فاشهدوا

عليه وهو طلب اشهاد. هذا الطلب انما يجب عند التمكن من الاشهاد
عند الدار وعند صاحب الملك او صاحب اليد حتى لو تمكن ولم يشهد
بطلت شفعته واذا كان في مصر آخر فله الاجل بمقدار المسافة
التي بينه وبين المصر الذي وقع فيه البيع من المتعاقدين حتى
يذهب اليه بنفسه او يبعث وكيلا لطلب الشفعة والاشهاد عليه
وذلك الاجل من وقت العلم بالبيع وطلب المواثبة فاذا مضى الاجل
ولم يذهب بنفسه ولم يبعث وكيلا لمطالبة الشفعة بطل
شفعته كذا في التحفة وفي الذخيرة ان لم يجد وكيلا يرسل رسولا
او كتابا فان لم يجده فهو على شفعته. ثم يطلب عند قاض فيقول
اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بدار كذا لي. هذا اذا
لم يكن الشفيع شريكا في نفس المبيع وان كان شريكا فيه
فصورة طلبه غير هذا. فمره يسلم اليّ. هذا اذا قبض المشتري
المبيع وطلب الخصومة لا يتوقف عليه. وهو طلب تمليك وخصومة
وبتاخيره لا تبطل الشفعة وقال محمد. وزفر معه ذكره في الهداية
والمحيط. اذا اخره شهرا بعني من غير عذر. بطلت وبه يفتى ذكره
قاضي خان في الجامع الصغير وصاحب المحيط ونقل صاحب
النهاية عن شيخ الاسلام وفي الهداية الفتوى على قول
ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب. واذا طلب سال القاضي
الخصم. اي عن مالكية الشفيع الدار المشفوع بها فان اقر به

او برهن الشفيع او نكل الخصم عن الحلف على العلم بانه مالك لذا له
عن الشراء فان اقر به او نكل عن الحلف على الحاصل او السبب قد مر
في كتاب الدعوى ان في دعوى شفعة الجوار يحلف على السبب
او برهن الشفيع قضى له بها ٭ اذا لم ينكر المشتري طلب الشفيع الشفعة
واذا انكر فالقول قوله مع يمينه • وان لم يحضر الثمن وقت الدعوى
واذا قضى لزمه احضاره وللمشتري حبس الدار لقبض ثمنه فلو قيل
للشفيع اد الثمن فاخر لا تبطل والخصم • اي خصم الشفيع • البايع والمشتري
ان لم يسلم احدهما بيده والآخر بملكه صرح بذلك في المحيط والتحفة
والهداية • ولا تسمع البينة عليه • اي على البايع • حتى يحضر المشتري
فيقضى بالشفعة ويفسخ بحضوره • وان سلم الى المشتري لا يشترط
حضور البايع لزوال الملك واليد عنه • والعهدة على البايع
حتى يجب تسليم الدار عليه وعند الاستحقاق يرجع بالثمن عليه
وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشتري البراءة منه
وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن صدق المشتري • اي
مع يمينه لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل
والمشتري ينكره • ولو برهنا فالشفيع احق • لما مر ولامكان
صدق البينتين بجريان العقد مرتين فيأخذ الشفيع بالاقل
هذا عندهما وعند ابي يوسف بينة المشتري احق لانها اكثر اثباتا
وان ادعى المشتري ثمنا وبايعه اقل منه بلا قبضه • اي بلا قبض الثمن



فالقول له • ومع قبضه للمشتري • واخذ في حط الكل بالكل
مسئلة حط البعض قد مر في باب المرابحة • وفي الشراء بثمن مثلي
حقيقة وحكما وذلك لان من المثلي ما التحق بغير المثلي كالخمر
في حق المسلم بمثله • وفي غيره بالقيمة • وفي عقار بعقار اخذ كل
بقيمة الآخر • وفي ثمن مؤجل بحال • او طلب في الحال واخذ بعد الاجل
وقال زفر والشافعي في قوله القديم له ان يأخذه في الحال
بالثمن المؤجل • ولو سكت عنه بطلت • اي سكت عن الطلب
وصبر حتى يطلب عند الاجل بطلت الشفعة • وفي شرى ذمي من ذمي
لا بد ان يكون البائع ايضا ذميا والا فسد البيع فلا تثبت الشفعة
صرح به في المبسوط • بخمر او خنزير والشفيع ذمي بمثل الخمر وقيمة
الخنزير والشفيع المسلم بقيمة كل • قيمة الخنزير هنا تقوم مقام
الدار لا مقام الخنزير فلذلك لا يحرم تمليكها • وفي بناء المشتري
وغرسه بالثمن وقيمتهما مقلوعين • اي مستحقي القلع كما في الغصب
او كلف المشتري قلعهما • وعن ابي يوسف انه لا يكلفه بالقلع
ولكن له الخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس
وان شاء ترك وبه قال الشافعي ومالك لانه ليس بمتعد في البناء
والغرس لثبوت الملك بالشراء فلا يعامل باحكام العدوان
وجه ظاهر الرواية انه بنى وغرس في محل تعلق به حق متأكد للغير
من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض • ورجع الشفيع بالثمن

فقط ان بني او غرس يعني بعد اخذه بالشفعة ثم استحقت
انما لا يرجع بقيمة البناء او الغرس على احد الا لانه اخذ جبرا
لانه لا يمشي فيما اخذ بالتراضي بل لانه ليس بمغرور والمشتري
انما يرجع على البايع لانه مغرور من جهته وبكل الثمن ان خربت
او جف الشجر اي اشترى دارا فخربت من غير صنع احد
او بستانا فجف الشجر فالشفيع ان اراد ان ياخذ بالشفعة
ياخذ بجميع الثمن واخذ العرصة لا النقض بحصتها ان هدم
المشتري البناء انما ياخذ بالحصة لان المشتري قصد الاتلاف
وفي الاول تلف بآفة سماوية ولا ياخذ النقض لانه لم يبق
تبعا وفي شراء ارض مع ثمر نخيل فيها وذلك بذكر الثمر
اذ بدونه لا يدخل في البيع او لا ثمر عليها فاثمر معه اخذها
بثمرها في الفصلين فبحصتها اي ياخذ الشفيع الارض
بحصتها من الثمن ان جذه المشتري في الاول وبالكل في
الثاني لان الثمر لم يكن موجودا وقت العقد فلا يقابله شي
من الثمن **باب ما هي فيه ولا وما يبطلها** اي باب
ما يكون فيه الشفعة او لا يكون وما يبطل الشفعة انما تجب
قصدا انما قال قصدا لانها تجب تبعا في غير العقار كالثمر والشجر
في عقار ملك بعوض هو مال فائدة هذين القيدين تظهر
مما ذكر بعد هذا وان لم يقسم خلافا للشافعي لان الشفعة لدفع

مؤنة القسمة عنده وعندنا لدفع ضرر الجوار كرحى وحمام
وبير لا في عرض وفلك وبناء هذا اذا بيع للقلع لانه اذا
بيع مع حق القرار يلتحق بالعقار وكل بيعا قصدا انما قال
قصدا لانهما اذا بيعا تبعا للارض تجب فيهما الشفعة
وارث وصدقة وهبة الا بعوض ودار قسمت لان في القسمة
معنى الافراز او جعلت اجرة او بدل خلع او عتق او صلح
عن دم عمدا او مهر لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى ياخذ
الشفيع به فلا يمكن مراعاة الشرط وعند الشافعي تجب فيها
الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فيوخذ بقيمتها
عند تعذر الاخذ بمثلها ولنا ان تقوم المنافع ضروري
فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق وان قوبل
ببعضها مال كما اذا تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا
ولا تجب الشفعة في حصة الالف اذ فيها مبادلة مالية
وله ان معنى البيع تابع فيه ولهذا ينعقد بلفظ النكاح
ولا يفسد بشرط النكاح ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع
او بيعت بخيار للبايع وما سقط خياره وانما قال هذا لانه
اذا سقط الخيار يثبت الشفعة وقس على هذا قوله
او بيعا فاسدا وما سقط فسخه اسباب سقوطه كثيرة منها
بناء المشتري فيها او ردت بخيار رؤية او شرط او عيب

بقضاءٍ متعلق بالأخير فقط بعد ما سُلّمت اي بيع وسلّمت
الشفعة ثم رُدّ المبيع بخيار رؤية او شرط كيف ما كان او
بقضاء القاضي فلا شفعة لانه فسخ لا بيع وتجب بردٍّ بلا
يعني اذا رُدّ بخيار العيب بلا قضاء تجب الشفعة وباقالة لان
الاقالة بيع في حق الثالث والشفيع ثالثهما وللعبد المأذون
اي تجب الشفعة له مديونا احاطة الدين برقبته وكسبه غير شرط
وقد نبهت على هذا فيما سبق في مبيع سيده ولسيده في مبيعه
بناءً على ان ما في يده ليس ملكاً للمولى اذا كان مديونا
ولمن شرى او اشترى له اي تجب الشفعة للمشتري سواء
اشترى اصالة او وكالة ولمن اشترى له اي للموكل بالشراء
وفائدته انه لو كان المشتري او الموكل بالشراء شريكا وللدار
شريك آخر فلهما الشفعة ولو كان هو شريكا وللدار جار
فلا شفعة للجار مع وجوده لا لمن باع سواء كان اصيلا
او وكيلا او بيع له او وكّل بالبيع ومدار الفرق على ان الشفعة
تبطل باظهار الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها ثم ان
البائع لغيره في حكم العقد كالبائع لنفسه فلذلك لا يفارق
الوكيل الاصيل او ضمن الدرك لان الاستخلاص عليه ولا تجب
الا قدر ذراع كان او دونه من طول حد الشفيع اي
يكون طول ذلك القدر تمام ما يلاصق الحد من هذه حيلة

لاسقاط شفعة الجوار او شرى سهما منها بثمن ثم باقيها الا في
السهم الاول هذه حيلة اخرى لاسقاط شفعة الجوار وهي ان
يشتري شيئا قليلا منها كسهم واحد من الف سهم مثلا بالف
الا درهما ثم يشتري الباقي بدرهم فالشفيع لا يقدر على اخذ الشفعة
الا في السهم الاول بثمنه ولا يرغب فيه لكثرة الثمن وانما لا يقدر
على اخذها في الباقي لان المشتري صار شريكا في الباقي وهو
احق من الجار او شرى بثمن ثم دفع عنه ثوبا الا بالثمن هذه
حيلة اخرى تعم الجوار وغيره وهي ما اذا اراد بيع الدار بمائة
فيشتري الدار بالف ثم يدفع ثوبا يساوي مائة في مقابلة
الالف فليس للشفيع اخذها الا بالالف ولا يرغب فيه
ولا يكره حيلة اسقاط الشفعة والزكوة عند ابي يوسف
خلافا لمحمد هذا الاختلاف قبل الوجوب واما بعده فيكره
بلا خلاف ذكره شيخ الاسلام ويفتى في الاول بقول الاول
وفي الثاني بقول الثاني قال الخصاف في كتاب الحيل لا بأس بالحيل
فيما يحل ويجوز وانما الحيلة بشيء يتخلص به الرجل من الحرام
ويخرج به الى الحلال فما كان من هذا لا بأس به وانما يكره
من ذلك ان يحتال الرجل في حق لرجل حتى يبطله او يحتال
في باطل حتى يموّهه او يحتال في شيء حتى يدخل فيه الشبهة
وتبطل بترك طلب المواثبة بتركه بان لا يطلب في مجلس اخبر

فيه البيع او الاشهاد اراد الاشهاد عند العقار او عند من له
اليد لا الاشهاد عند طلب المواثبة لانه غير لازم وتسليمها
بعد البيع فقط اي لا تبطل بالتسليم قبل البيع ولو من الاب
او الوصي هذا عندهما خلافا لمحمد وزفر لان هذا ابطال
لحق الصبي فلا يصح ولهما ان الاخذ بالشفعة تجارة فترك
الاخذ بها ترك التجارة فيملك او الوكيل بالشراء تسليمه
الشفعة صحيح بالاتفاق وكذا سكوته اعراض بلا خلاف
واما الوكيل بطلب الشفعة فيصح تسليمه عنده اذا كان في مجلس
القاضي وعند ابي يوسف يصح مطلقا وعند محمد وزفر لا يصح
تسليمه اصلا لانه اتى بضد ما امر به ولهما انه توكيل بالشراء
لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له ان لا يشتري غير
ان ابا يوسف يقول هو وكيل مطلقا فينفذ تصرفه مطلقا
وابا ح يقول انه وكيل بالخصومة الا في مجلس القاضي وصلحه
منها على عوض ورد عوضه اي اذا صالح منها على عوض
بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر
في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا تعلق
اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح
الاسقاط ويرد العوض ان كان ماخوذا والا فلا يجب تسليمه
وموت الشفيع لا المشتري اي اذا مات الشفيع تبطل الشفعة

وهذا اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات
بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته
وبيع ما يشفع به قبل القضاء بها لزوال سبب الاستحقاق قبل
التملك وهو الاتصال بملكه الا اذا باع بشرط الخيار لنفسه
لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال وان سمع شراء كسلم فظهر شراء
غيره او بيعه بالف فسلم فكان باقل او بكيلي او وزني او
عددي متقارب قيمته الف او اكثر فهي له اي الشفعة
ثابتة له في هذه الصور لان هذه الاشياء من ذوات
الامثال وربما يكون الاخذ بها ايسر له وان كان قيمتها
اكثر فيكون له حق الشفعة وبعرض كذلك لا اي اذا ظهر
ان البيع كان بعرض قيمته الف او اكثر فانه حينئذ لا يبقى له
الشفعة لان الشفيع يأخذها حينئذ بالقيمة فان كانت
قيمته الفا فقد سلم البيع به وان كانت اكثر فتسليمه بالف
تسليم باكثر بالطريق الاولى ويشفع حصة احد المشترين
لا احد الباعة اي اذا اشترى جماعة من واحد فللشفيع
ان يأخذ نصيب احدهم وان باع جماعة من واحد فلا يأخذ
حصة احد البائعين لا لانه يتحقق في الاول دفع ضرر
الجار لا في الثاني لانه تعليل بعدم الحكمة والتعليل بعدم العلة
غير مقبول فكيف اذا كان بعدم الحكمة بل لان هنا يتفرق

الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر لان الشركة
عيب في الاعيان المجتمعة وفي الوجه الاول يقوم الشفيع
مقام احدهم فلا تفرق الصفقة والنصف مفرزا بيع مشاعا
من دار فقسما اي اذا اشترى نصفا مشاعا من دار
فقسم البائع والمشتري فالشفيع يأخذ النصف مفرزا لان
القسمة من تمام القبض فان الانتفاع في الشائع لا يتم الا
بالقسمة

كتاب القسمة

هي في الشرع جمع نصيب شائع
في معين لا تعيينه لحصوله قبل القسمة وغلب فيها الافراز في المثلي
اراد به ما يعم الذي في حكمه وهو العددي المتقارب فان
معنى الافراز غالب فيه ايضا ذكره في الكافي والمبادلة
في غيره فيأخذ كل شريك حقه بغيبة صاحبه في الاول لا الثاني
وان اجبر عليها في متحد الجنس فقط عند طلب احدهم اي المبادلة
غالبة في غير المثلي والجبر على القسمة فيما اذا كان متحد الجنس
لا ينافيه لانه باعتبار ما فيه من معنى الافراز على ان المبادلة
مما يجري فيه الجبر في الجملة كما في قضاء الدين وينصب
قاسم يرزق من بيت المال ليقسم بلا اجر وهو احب
وان نصب باجر صح وهو على عدد الرؤس وقالا الاجر على قدر
الانصباء لانه مؤنة الملك لنا ان الاجر مقابل بالتمييز وهو
قد يصعب في القليل وقد ينعكس فيتعذر اعتباره فاعتبر اصل التمييز

ويجب كونه عدلا عالما بها ولا يعين واحد لها لان الا
يضيق على الناس ويصير الاجر غاليا ولا يشترك القسام
اي لا يترك القسام يشتركون كيلا يصير الاجر غاليا وصحت
برضاء الشركاء ولا تلزم عند صغر احدهم او جنونه فان في
لزومه حينئذ لا بد من امر القاضي وقسم نقلي يدعون شراءه
او ملكه مطلقا او ارثه بينهم وعقار يدعون شراءه او ملكه
مطلقا فان ادعوا ارثه عن زيد لا حتى يبرهنوا على موته
وعدد ورثته عنده وقالا يقسم كما في الصور الاخر له
ان ملك المورث باق بعد موته فالقسمة قضاء على الميت
فلا بد من البينة بخلاف صورة الشراء لان الملك بعد الشراء
غير باق للبائع وبخلاف غير العقار اذا ادعوا ارثه لان القسمة تفيد
زيادة الحفظ والعقار محصن بنفسه فلا احتياج الى القسمة
ولا ان برهنا انه اي العقار معهما حتى يبرهنا انه لهما لانهما اذا
برهنا انه معهما كان القسمة قسمة الحفظ والعقار غير محتاج اليها
فلا بد من اقامة البينة على الملك قيل هذا قول ابي حنيفة والاصح
انه قول الكل ولو برهنا على الموت وعدد الورثة وهو معهم
ومنهم طفل او غائب قسم ونصب من يقبض له اي لواحد من
المذكورين عبارة الهداية والدار في ايديهم وضمير الجمع عائد
الى المدعين بناء على ان اقل الجمع اثنان يفصح عن هذا قوله

ومعهم وارث غائب وان برهن واحد اى حضر واحد
واقام البينة لا يقسم اذ لا بد من اثنين لان الواحد لا يصلح
مقاسِمًا ومقاسَمًا ومخاصِمًا ومخاصَمًا او شروا وغاب احدهم
او كان شيء منه فهم منه بطريق الدلالة الحكم فيما اذا كان الكل
معه فلا حاجة الى ذكره مع الوارث الطفل او الغائب لا اى
ان كان مقام الارث الشراء لا يقسم لان في الارث ينتصب
احد الورثة خصما عن الباقين وان كان في صورة الارث
العقار او شيء منه في يد الغائب او الطفل لا يقسم ايضا لان القسمة
تصير قضاء على الغائب والطفل من غير خصم حاضر عنهما او قسم بطلب
احدهم اى الشركاء ان انتفع كل بحصته وبطلب ذى الكثير
فقط ان لم ينتفع الآخر لقلة حصته اى لا يقسم بطلب ذى القليل
لانه متعنت في طلب القسمة اذ لا فائدة له فيها وقال الجصاص
على العكس لان صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل رضي
بضرره وقال الحاكم في مختصره يقسم بطلب كل واحد والذي اختاره
المصنف قول الخصاف وهو الاصح نص عليه في المبسوط ولم يقسم الا بطلبهم
ان تضرر كل واحد للقلة وفي المبسوط انه لا يقسم القاضي
بينهما ويقسم عروض اتحد جنسها لا الجنسان والرقيق والجواهر
والحمام الا برضاهم وقال لا يقسم الرقيق بشرط ان يكون الكل ذكورا
او اناثا ذكره في الخانية وبطلب البعض كما يقسم الابل والغنم

ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش فصار كالاجناس
المختلفة بخلاف الحيوانات وفي المغنم حق الغانمين في المالية وفي
الجواهر قد قيل ان اختلف الجنس لا يقسم وقيل لا يقسم الكبار منها
ويقسم الصغار وقيل يجري الجواب على الاطلاق ودور مشتركة
او دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل وحدها اى ان
كان الدور قريبة بان كانت كلها في مصر واحد قسم كل وحدها
عنده وقالا الرأي في ذلك الى القاضي ينظر الى اعدل الوجوه
فيمضي القسمة على ذلك صرح بذلك في المبسوط ويوافقه ما في الهداية
والكافي ومن قال وقالا يقسم بعضها في بعض فقد وهم وان
كان الدور بعيدة اى في مصرين فقولهما كقوله ويصور القاسم
ما يقسم ويعدله ويذرعه ويقوم بناءه ويفرز كل قسم بطريقه
وشربه هذا بيان الافضل فان لم يفعل جاز ذكره في الكافي
ويلقب الاقسام بالاول والثاني والثالث ويكتب اسماءهم
ويقرع هذا استحسان وفي القياس لا يستقيم لانه في معنى
القمار ذكره في المبسوط والاول لمن خرج اسمه اولا والثاني
لمن خرج اسمه ثانيا اى يصور الدار المقسومة على قرطاس
ليمكنه حفظه ويعدلها اى يسويها على سهام القسمة ويذرعها
ويصور الذرعان على ذلك القرطاس بعلم الجدول ويكون كل
ذراع بشكل لبنة وبقدر البيوت والصفة وغيرهما بتلك

الذرعان ويقوم البناء ويبدأ القسمة من اي طرف كان
فان جعل الجانب الغربي اولا يجعل ما يليه ثانيا ثم ما يليه ثالثا
وهكذا يكتب اصحاب السهام اما على القرعة او غيرها فمن خرج
اسمه اولا يعطى نصيبه من الجانب الغربي جملة من العرصة والبناء
الى ان يتم نصيبه ثم من خرج اسمه ثانيا يعطى نصيبه متصلا
بالاول وهكذا الى ان يتم سواء كانت الانصباء متساوية
او متفاوتة. ولا يدخل الدراهم في القسمة اي في قسمة العقار
الا برضاهم حتى اذا كان ارض وبناء يقسم بطريق القسمة كما روي
عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة
فالذي وقع البناء في نصيبه يرد على الآخر دراهم حتى يساويه
فيدخل الدراهم ضرورة وعن محمد انه يرد على شريكه من العرصة
في مقابلة البناء فاذا بقي فضل ولا يمكن التسوية حينئذ يرد
في مقابلة الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر.
فان وقع مسيل قسم او طريقه في قسم آخر بلا شرط فيهما صرف
ان امكن والا فسخت سفل ذو علو وسفل وعلو مجرد وان
كل وحده وقسم بها. اي بالقيمة عند محمد وبه يفتى وعند ابي حنيفة
يقسم بالذرع كل ذراع من السفل في مقابلة ذراعين من العلو وعند
ابي يوسف ايضا يقسم بالذرع لكن العلو والسفل متساويان
قال في شرح الطحاوي الاختلاف في الساحة واما البناء فيقسم

بالقيمة

بالقيمة اتفاقا. وان اقر احد المتقاسمين بالاستيفاء ثم ادعى
ان بعض حصته وقع في يد صاحبه غلطا لا يصدق الا بحجة
من بينة المدعي واقرار الخصم ونكوله قالوا لانه يدعي
فسخ القسمة فلا يصدق الا بالحجة قال صاحب الهداية ينبغي
ان لا يقبل دعواه اصلا لتناقضه وفي المبسوط والخانية
ما يؤيد هذا وما ذكره انما يرد على ما رواه حيث قال لا يصدق
الا ببينة واما ما ذكره في المتن فيمكن توفيقه لما في المبسوط
والخانية بحمل الحجة على الاقرار ووجه ما رواه وما في المتن
على تقدير تعميم الحجة للبينة ايضا كما وقع في الكافي وهو
انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم
لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك
الاقرار عند ظهور الحق. وشهادة القاسمين حجة عند
الاختلاف. اي اذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان
قبلت شهادتهما لم يعمل في القسمة اذ لا وجه فانه لا حاجة
الى الشهادة بل نقول انه لا يصلح شهودا بها لانه غير لازم
ذكره في الهداية انها عندهما وعند محمد والشافعي ليست
بحجة لانها شهادة على فعل انفسهما وقالا لا بل شهادة
على غيرهما وهو الاستيفاء. وان قال قبضته ثم اخذ بعضه
حلف خصمه. لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال قبل

اقراره اصابني كذا ولم تسلم الي تحالفا وفسخت لانه اختلاف
في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار كالاختلاف في مقدار المبيع
وان استحق بعض حصة احدهما شاع او لا لم تفسخ يعني جبرا
ورجع بقسطه في حصة شريكه ونقضها يعني ان شاء رجع
وان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وتفسخ في
بعض مشاع في الكل اعلم انه اذا استحق بعض شايع في
نصيب احدهما لم تنفسخ القسمة عند ابي حنيفة ويرجع
بحصة ذلك في نصيب صاحبه قال ابو يوسف تنفسخ القسمة
ولم يذكر قول محمد وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص
مع ابي حنيفة وهو الاصح ولو استحق بعض شايع في الكل
تفسخ بالاتفاق ولو استحق بعض معين لا تفسخ بالاتفاق يعني
ههنا احتمال آخر وهو ان يستحق بعض من نصيب كل واحد
فان كان شايعا فسخت القسمة لانه لو بقيت القسمة لتضرر
المستحق بتفرق نصيبه في النصيبين بخلاف ما اذا كان الاستحقاق
في نصيب احدهما كذا في الهداية وان كان معينا فاما ان
يكونا متساويين والامر ظاهر وان كان في احدهما ازيد
فالعبرة لذلك الزائد فيرجع الى المسئلة السابقة وتركها المتن
لعدم افراد هم هذه الصورة بالذكر وصحت المهاياة
هي مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء

والتهايؤ

والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به
وحقيقته ان كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وفي
الشرع عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا
والقياس ان لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها ولكن
ترك ذلك بالكتاب والسنة والاجماع في سكنى هذا بعضا
من دار وهذا بعضا وهذا علوها وهذا سفلها وخدمة
عبده هذا يوما وهذا يوما كسكنى بيت صغير بان يسكن فيه
زيد يوما وعمرو يوما وعبدين هذا هذا العبد والآخر الآخر

كتاب المزارعة

هي مفاعلة من الزراعة في اللغة
وفي الشرع معاقدة دفع الارض ببعض الخارج عنها ولا تصح
عنده لما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة
على لغة اهل المدينة ولانها في معنى قفيز الطحان قال الامام الحلواني
كان ابو حنيفة يفتي بفسادها من غير جد وكان لا ينهي عنها
اشد النهي قال محمد بن الحسن لم ير ابو حنيفة المعاملة والمزارعة
جائزتين ولكن فرع عليهما وقال لو جوزتها لكان يجوز
في كذا وانا فيهما فارس ولم يجوز الوقف ولم نفرع عليه
وانا فيه راجل وصحت عندهما وبه يفتي لتعامل الناس
وللاحتياج اليها بشرط صلاحية الارض للزرع واهلية
العاقدين وذكر المدة ورب البذر وجنسه وقسط الآخر

والتخلية بين الارض والعامل والشركة فى الخارج فيبطل
ان شرط لاحدهما قفزان مسماة او ما يخرج من موضع معين
او دفع رب البذر بذره او رفع الخراج وتنصيف الباقى
اراد الخراج الموظف اما اذا كان خراج مقاسمة كالربع
والخمس فلا يفسد شرط رفعه كشرط رفع العشر لانه لا يحتمل ان
يودى الى قطع الشركة او الحب لاحدهما والتبن للآخر او لهما
على السواء لقطع الشركة فيما هو المقصود او تنصيف الحب
والتبن لغير رب البذر لانه خلاف مقتضى العقد وان شرط
تنصيف الحب والتبن لصاحب البذر او سكت عنه صحت
لان فى الاول الشرط على موجب العقد فان التبن نماء ملكه
وفى الثانى الشركة فيما هو المقصود حاصلة وحينئذ التبن لصاحب
البذر وعند البعض مشترك تبعا للحب وكذا لو كان
الارض والبذر لزيد والبقر والعمل لآخر او الارض والعمل له
والبقية لآخر وبطلت لو كان الارض والبقر لزيد
او البذر والبقر له والآخران لآخر او البذر له والباقى
لآخر اعلم انها بالتقسيم العقلى على سبعة اوجه لانه اما ان
يكون الواحد من احدهما والثلثة من آخر وهذا على اربعة
اوجه وهو ان يكون الارض او العمل او البذر او البقر من
احدهما والثلثة من الآخر والاولان جائزان والثالث

[illegible]

لاحتمال الربوا لان ما يأخذه رب البذر نماء ملكه فلا ربوا له
اصلا اما من جانبه فظاهر واما فى جانب شريكه فلان ما يأخذه
الاجرة فلا احتمال للربوا بل لان الشرع لم يرد بتتميم الشركة
بين البذر والعمل والرابع غير مذكور فى الهداية فهو غير
جائز لانه استيجار البقر باجر مجهول واما ان يكون اثنان
من احدهما واثنان من الآخر وهو على ثلثة اوجه وذلك
ان يكون الارض مع البذر او مع البقر او مع العمل من
احدهما والباقيان من الآخر والاول جائز دون
الاخيرين اذ لا مناسبة بين الارض والبقر وكذا
بين الارض والعمل وعن ابى يوسف جوازهما واذا صحت
فالخارج على الشرط ولا شئ للعامل ان لم تخرج ويجبر من
ابى عن المضى الا رب البذر لان المضى لا يخلو عن ضرر
وهو اهلاك البذر ومتى فسدت فالخارج لرب البذر
وللآخر اجر مثل ارضه او عمله ولا يزاد على ما شرط وعند
محمد يزاد بالغا ما بلغ ولو ابى رب الارض والبذر وقد كرب
العامل يقال كربت الارض اذا قلبتها للحرث فلا شئ له
حكما ويسترضى ديانة وتبطل بموت احدهما خلافا للشافعى
ذكره فى التحفة وتفسخ بدين محوج الى بيعها هذا قبل ان نبتت
الزرع ولا يجب لبيع شئ لانه لا قيمة للمنافع ومما قوما بالخارج

وقد يبطل بسبب الاستحقاق بالفسخ ١ه ا في الحكم ويجب بانه
ان يسترضى العامل اتماما ان بنت الزرع ولم يستحصد لان بياع
الارض لتعلق حق المزارع. وان مضت المدة ولم يدرك
الزرع فعلى العامل اجر مثل نصيبه اى اجر مثل ما فيه نصيبه من الارض
حتى يدرك ونفقة الزرع مثل اجرة السقى وغيره من العمل
عليهما بالحصص اى بقدر حصة كل واحد منهما كاجر الحصاد و
الرفاع والدوس والتذرية فان شرط على العامل فسدت
لانه شرط مخالف لمقتضى العقد فان الزرع اذا ادرك ينتهى
العقد. وعن ابى يوسف انه اى الشرط يصح وعليه الفتوى ذكره
فى التتمة. ولزمه للتعامل قال الامام السرخسى فى المبسوط ١ه الهو الصحيح
فى ديارنا. وفى الكافى وهو اختيار مشايخ بلخ للعرف وان كان
القياس يأباه والاصل ان كل عمل قبل الادراك فهو على العامل وما
فعليهما بالحصص

كتاب المساقاة

هى عبارة عن المعاملة
بلغة اهل المدينة وفى الشرع عقد على دفع الشجر بحصة من الثمر
بناء على انه اصل فى ١ه الكتاب فان النص انما ورد فيه وغيره
ملحق به لحاجة الناس فلا يخالف لما فيه من التعميم ولا يحتاج اليه هنا
بزيادة قوله وغيره اذ يأباه قوله الى من يصلحه بجزء من ثمره ولو
الثمر بالخارج لادى الى دخول المزارعة فى حد المساقاة وهى كالمزارعة
حكما وخلافا فان حكم المساقاة حكم المزارعة فى ان الفتوى على

صحتها وفى انها باطلة عنده خلافا لهما وشروطا اراد الشروط
التى يمكن وجودها فى المساقاة كاهلية العاقدين وبيان
نصيب العامل والتخلية بين الاشجار وبين العامل والشركة فى الخارج
فاما بيان البذر ونحوه فلا يمكن فى المساقاة وعند انها معنى
وما لك المساقاة جائزة والمزارعة انما تجوز فى ضمن المساقاة
لان الاصل هو المضاربة والمساقاة اشبه لها لان الشركة
فى الربح فقط وفى المزارعة لا تجوز الشركة فى مجرد الربح وهو ما زاد
على البذر. الا المدة فانها تصح بلا ذكرها. استحسانا لادراك الثمر
وقتا معلوما عادة والثابت عادة كالثابت شرطا. ويقع على
اول ثمر يخرج وادراك بذر الرطبة كادراك الثمر. الرطبة بالفارسية
سبست تر يعنى اذا دفعها مساقاة لا يشترط بيان المدة فيمتد
الى ادراك بذرها لانه كادراك الثمر فى الشجر قال فى الغاية هذا
اذا كان البذر مما يرغب فيه وحده لانه يصير فى معنى الثمر للشجر وفى
الكافى لو دفع اليه اصول رطبة ثابتة فى الارض معاملة ولم يسم
الوقت فهو فاسد لان الرطبة ليست لها غاية ينتهى اليها نموها
ولكنها تنمو ما تركت فى الارض بخلاف الثمر واذا تحققت ١ه افقد وقعت
على فساد وما قيل الغالب ان البذر فيها غير مقصود بل تحصد فى كل سنة
مرات او اكثر وان اريد البذر تحصد مرة وتترك فى المرة الثانية
الى ان يدرك البذر ففيما لا يؤخذ البذر ينبغى ان يقع على

السنة الاولى وذكر مدة لا تخرج الثمر فيها يفسدها ومدة
اي ذكر مدة يبلغ فيها ولا اصح فلو خرج في وقت مسمى فعلى الشرط
والا فللعامل اجر المثل ليعمل اي اجر مثل العامل المستاجر ليعمل
الى ادراك الثمر لا اجر مثل العامل المستاجر الى زمان ظهور فساد
العقد فان اجر المثل يتفاوت بقلة المدة وكثرتها فافهم هذا
فانه دقيق وتصح في الكرم والشجر والرطاب المراد منها جميع البقول
واصول الباذنجان والنخل ذكر الشجر مع انفهامه مما سبق ثم ذكر
النخل مع دخوله في الشجر لان الشافعي ينكر صحتها فيما عدا الكرم
والنخل لانها انما تصح فيهما لحديث خيبر فبقي غيرهما على القياس
وعندنا تصح في جميع ما ذكر لحاجة الناس وان كان فيه ثمر لا يدرك
لانه يحتاج الى العمل قبل الادراك لا بعده كالمزارعة تصح لو كان
الزرع بقلا ولا تصح اذا ادرك فان مات احدهما او مضت مدتهما
والثمر نيّ يقوم العامل عليه او وارثه استحسانا دفعا للضرر
وان كره الدافع او ورثته على تقدير قيام ورثة العامل عليه او ورثته
على تقدير قيام العامل بنفسه ففي كلامه نشر على ترتيب اللف
ثم انه مخصوص بصورة الموت لا يتمشى في صورة انقضاء المدة
ولا تفسخ الا بعذر ككون العامل مريضا لا يقدر على العمل او سارقا
يخاف على سعفه السعفة غصن النخل والجمع سعف كذا في المغرب
او ثمره غالبا ووقع قضاء مدة معلومة على ان يغرس ويكون

الارض والشجر بينهما لا تصح لاشتراط الشركة فيما هو حاصل قبل الشركة
والثمر والغرس لرب الارض لانه غرس برضاه ورضي صاحب
الارض تبعا للارض وللآخر قيمة غرسه واجر عمله لانه في معنى
قفيز الطحان لانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف وحيلته
الجواز ان يبيع نصف الغراس بنصف الارض ويستاجر صاحب
الارض العامل ثلث سنين مثلا بشيء قليل في نصيبه

كتاب الذبائح

هو جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح بالكسر والذبح بالفتح
مصدر ذبح اذا قطع الاوداج حرم ذبيحة اي مذبوح
لم يذكر اي لم يذبح ذبحا شرعيا اختياريا او اضطراريا فان قلت
لا يتناول الذبيحة المتردية والنطيحة ونحوهما قلت نعم الا ان
حكمها يعلم مما ذكر بطريق الدلالة فانه اذا حرم ما لم يذكر حال كونه
مذبوحا فلان يحرم حال عدم كونه مذبوحا احق وحكمه الى الفهم
اسبق وذكوة الضرورة جرح اين كان من الجسد الراس والاطراف
داخلان في الجسد دون البدن ولذلك لم يقل من البدن
والاختيار ذبح بين الحلق واللبة هي المنحر من الصدر وعروقه
الحلقوم والمري والودجان ان في اقصى الفم فضاء هو الحلق
وفيه مجريان الاول موضوع من قدام وهو الحلقوم ويسمى
المشهور قصبة الرية وهي مجرى النفس والثاني موضوع من خلف
ناحية القفاء على خرز العنق ويسمى المري وفيه ينفذ الطعام

والشراب وهذا في كتب الطب يوافقه ما في المغرب والجمهرة وديوان
الادب من كتب اللغة وفي شرح مختصر الكرخي للقدوري وقال
صاحب الهداية الحلقوم مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس
ويوافقه ما في مبسوط شيخ الاسلام من ان الحلقوم عرق احمر هو مجرى
النفس وما في تفسير سورة الاحزاب من الكشاف من ان الحلقوم
مدخل الطعام والشراب فلم تجز فوق العقدة وافتى بعضهم بالجواز
لقوله عليه السلام الذكوة بين اللبة واللحيين ويساعده رواية
المبسوط وعبارة الجامع الصغير وهي لا بأس بالذبح في الحلق كله
وسطه واعلاه واسفله وحل بقطع اي ثلث منها اقامة
للاكثر مقام الكل وهو بكل ما افرى الاوداج وانهر الدم ولو
وهي قشر القصب ومروة هي حجر ابيض كالسكين يذبح بها
كذا في المستصفى ويساعده ما في الصحاح الا سنا وظفرا
قائمين اما اذا كانا منزوعين يحل الذبيحة عندنا ويكره
الذبح ذكره في الحقائق وعند الشافعي الذبيحة ميتة لقوله
عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج الا السن والظفر
وهو مطلق قلنا ذكر في آخره فانهما مدى الحبشة وهم
لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان ويقاتلون
بالخدش والعض فهو محمول على غير المذبوح وندب احداد
شفرته قبل الاضجاع وكره بعده ارفاقا بالمذبوح وجر

بالرفع عطف على الضمير في كره برجلها الى المذبح وذبحها من قفاها
والنخع اي الذبح الشديد حتى يبلغ النخاع وهو بالفارسية
حرام مغز والسلخ قبل ان يبرد اي يسكن عن الاضطراب
وشرط كون الذابح مسلما او كتابيا ذميا او حربيا قال الله
تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وذلك لانهم يذكرون
اسم الله تعالى عليها فحل ذبيحتهما ولو مجنونا او امرأة او صبيا
يعقل التسمية اي يعلم ان حل الذبيحة بها والذبحة اي
شرائطها من فري الاوداج ويضبط اي يقدر على فري
الاوداج ويحسن القيام به كذا في الكافي وعبارة الهداية
ظاهرة فيه انما قال هذا لانه لو كان لا يعقل ولا يضبط لا تحل
ذبيحته او اقلف او اخرس لا ذبيحة وثني ومجوسي ومرتد
وتارك تسمية عمدا لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه
خلافا للشافعي واقوى حجة قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي
محرما الى قوله او فسقا اهل لغير الله به يحمل قوله ولا تأكلوا
مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق على ما اهل لغير الله به بقرينة
قوله تعالى وانه لفسق وايضا اذا لم يوجد في المحرم يكون
حلالا قلنا لا ضرورة في الحمل بل لا وجه له اذ يلزم ان يعبر
عن معنى يذكر اسم غير الله عليه بقوله لا يذكر اسم الله عليه ولا يخفى
ما فيه من القصور المخل لكمال الفصاحة فاذا لم يحمل فيكون قل لا اجد

نازلا قبل ولا تأكلوا الميل لا يلزم الكذب وان تركها ناسيا حل
بعذر النسيان وقال مالك في احدى الروايتين عنه لا تحل في
النسيان ايضا لظاهر ما ذكرنا في العمد فانه لا فصل فيه ولكنا
نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان
والحرج مدفوع والنص المذكور غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به
لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول
واما قوله تعالى لا تؤاخذنا ان نسينا فعلى تقدير دلالته على
عدم المؤاخذة لا يلزم منه الحل في متروك التسمية ناسيا كما
لا يلزم من عدم المؤاخذة على تقدير ترك الواجب في الصلوة
ناسيا تمام الصلوة وما يقال قوله عليه السلام تسمية الله تعالى
في قلب كل امرئ مسلم محمول على حالة النسيان انما يكفي في الجواب
عن تمسك الشافعي لا في الاحتجاج على ما ذكرنا كما لا يخفى وكره
ان يذكر مع اسم الله تعالى غيره وصلا لا عطفا كقوله بسم الله
اللهم تقبل من فلان وحرم الذبيحة ان عطف نحو بسم الله واسم
فلان او وفلان اي باسم الله وفلان وان فصل صورة
ومعنى كالدعاء قبل الاضجاع وقبل التسمية لا بأس به وجب
نحر الابل وكره ذبحها وفي البقرة والغنم عكسه وقال مالك
ان ذبح الابل او نحر البقر والغنم لا يحل ولزم ذبح صيد مستأنس
وكفى جرح نعم وهو واحد الانعام وهو المال الراعية توحش

او سقط في بئر ولم يمكن ذبحه فقال مالك لا يحل الا بالذكوة
الاختيارية ولا يحل جنين ميت وجد في بطن امه وعندهما
وهو قول الشافعي اذا تم خلقه اكل وذكوة الام ذكوة له
ولا ذو ناب او مخلب المراد من ذي ناب الذي يصيد بنابه ومن
ذي مخلب الذي يصيد بمخلبه لا كل ذي ناب ولا كل ذي مخلب فان
الحمام لها مخلب والبعير له ناب والبقر كذلك كذا في المبسوط
للبزدوي من سبع او طير السبع كل مختطف منتهب جارح قاتل
عاد عادة ذكره في الهداية ولا الحشرات هي صغار دواب
الارض واحدتها حشرة والحمر الاهلية فيه خلاف مالك والبغل
والخيل فيه خلافهما وخلاف الشافعي له قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها قيل الكراهية في الخيل عنده تنزيهي وقيل تحريمي
وهو الاصح والضبع كفتار وفيه خلاف الشافعي والزنبور
والسلحفاة سنگ پشت والغراب الذي يأكل الجيف
الابقع كلاغ پيسه والغداف كلاغ سياه بزرگ والفيل
واليربوع موش دشتى وهو حلال عند الشافعي وابن عرس
راسو ولا حيوان مائي سوى سمك لم يطف مشتق من طفا
اي خف علا والمصدر الطفو على وزن الفعول ذكره في
وفيه خلاف الشافعي قال في التحفة ثم عندنا الطافي على وجهين
ان مات بسبب حادث فانه يؤكل وما مات حتف انفه لا يؤكل

والجريث والمارماهي الجريث نوع من السمك غير المارماهي
وانما افردهما بالذكر لمكان الخفاء في كونهما من جنس السمك
ولمكان الخلاف فيهما لمحمد ذكره صاحب المغرب وحل الجراد وانواع
السمك بلا ذكوة وغراب الزرع والعقعق والارنب معهما
اي مع الذكوة

كتاب الاضحية

افعولة تجمع على
اضاحي بتشديد الياء وهي في الشرع ما يذبح في يوم الاضحى بنية
القربة وهي شاة من فرد او بقرة او بعير منه الى سبعة
ان لم يكن لفرد اقل من سبع انما قال هذا لانه لو كان لاحدهم
اقل من السبع لا يجوز عن احد منهم وان كانوا اقل منها وقسم
اللحم وزنا لا جزافا الا اذا ضم معه اي مع اللحم من اكارعه
او جلده سواء كان في كل جانب شيء من اللحم وشيء من الاكارع
او يكون في كل جانب شيء من اللحم وبعض الجلد او يكون في جانب
لحم واكارع وفي اخر لحم وجلد وانما يجوز صرفا للجنس الى خلاف
الجنس وصح اشتراك ستة في بقرة مشترية لاضحية استحسانا
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فلا يجوز
بيعها ووجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة ولا يجد الشركاء
وقت البيع فالحاجة ماسة الى هذا وذا اي الاشتراك قبل الشراء
احب وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء وبه اخذ زفر
فان مات احد سبعة وقال ورثته اذبحوها عنه وعنكم صح

وعن ابي يوسف انه لا يصح وهو القياس لانه يتبرع بالاتلاف
فلا يجوز عن الغير كالاعتاق عن الميت وجه الاستحسان ان القربة
قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق فان فيه الزام الولاء
على الميت كبقرة عن اضحية ومتعة وقران وان كان احدهم
كافرا او مريد اللحم لا لان البعض ليس بقربة وهي لا تتجزى ولا تجب
الا على من تجب عليه الفطرة لقوله عليه السلام من وجد سعة
ولم يضح فلا يقربن مصلانا وعند الشافعي هي سنة غير مسافر
انما قال هذا لانها لا تجب على المسافر ذكره في الهداية لنفسه لا لطفله
في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عنه تجب لطفله كما في الفطرة
وجه الظاهر سبب الفطرة رأس يمونه ويلي عليه بل يضحي عنه
ابوه او وصيه من ماله واكل منه الطفل وما بقي يبدل بل يدخر
قدر حاجته ثم يبدل بما ينتفع بعينه كالثوب والخف لا بما ينتفع به
بالاستهلاك كالخبز ونحوه وذلك لان الواجب هو الاراقة
واما التصدق باللحم تبرع ومال الصبي لا يحتمل التبرع فينبغي
ان يطعم الصغير ويدخر له ويستبدل لحمه من الاشياء التي ينتفع
بعينها الصغير مع بقاء اعيانها كما في جلد الاضحية كذا في التحفة
واول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر واخره قبيل غروب اليوم
الثالث وعند مالك والشافعي يجوز في اربعة ايام وشرط مالك
تقديم الصلوة اي صلوة العيد عليها ان ذبح في مصر وعند

والث يعني شرط آخر وهو ان يكون بعد نحر الامام. وان ذبح
في غيرها لا. المعتبر في هذا مكان الفعل لا مكان من عليه فان في الكافي
يدخل وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه يشترط تقديم
الصلوة على التضحية في حق اهل الامصار حتى لا يجوز للمصري
الذبح حتى يصلي الامام العيد لعدم الشرط لا لعدم الوقت واما
اهل السواد فيذبحونها بعد الفجر لانه لا صلوة عليهم. ويعتبر الآخر
للفقر وضده والولادة والموت. اي ان كان غنيا في اول
الايام فقيرا في آخرها لا تجب عليه وفي عكسه تجب عليه وان مات فيه
لا تجب عليه. وكره الذبح ليلا وان تركت اي التضحية ومضت ايامها
تصدق الناذر والفقير شراها للاضحية بها حية. شاة كانت
او غيرها. والغني بقيمتها شراها او لا. لان وجوبها على الناذر
بالنذر وعلى الفقير بالشراء بنيتها فاما الغني فالواجب متعلق
بذمته شرى الاضحية او لا. وضح الجذع من الضان لا خلاف
في ان الجذع من البعير لا يجوز والجذع من الضان الذي اتى عليه
اكثر الحول عند الاكثر وذكر في المبسوط اذا تم له سبعة اشهر فهو
جذع بعد ذلك كذا في الكافي. والثني فصاعدا من الثلثة اي
من الابل والبقر والشاة ضانا كان او معزا. وهو ابن خمس
من الابل وحولين من البقر وحول من الشاة كالجماء هي التي
لا قرن لها. والخصي والثولاء هي المجنونة دون العمياء والعوراء

والعجفاء التي لا تنقي هي ما يكون عجفها الى حد لا يكون في عظامها
نقي اي مخ. والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ومقطوع يدها
او رجلها او ما ذهب اكثر من ثلث اذنها او ذنبها او عينها
او اليتها. في تقديره عن ابي حنيفة اربع روايات ففي ظاهر
الرواية عنه وهي رواية هشام عن محمد الزائد على الثلث
وفي رواية عنه الثلث وفي رواية ابن شجاع عنه الربع وفي
رواية الزائد على النصف وهو قولهما وفي كون النصف
مانعا روايتان عنهما كذا في الكافي وطريق معرفة ذهاب
العين ان تشد العين ويقرب اليها العلف فينظر انها
من اي مكان رأت العلف ثم تشد العين الصحيحة ويقرب
اليها العلف فينظر انها من اي مكان رأت العلف فينظر
الى تفاوت ما بين المكانين فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان
نصفا فالنصف وهكذا. ويأكل منها ويؤكل بكسر الكاف قال
الجوهري واكلتك فلانا اذا امكنته منه. ويهب من يشاء
وندب التصدق بثلثها وتركه لذي عيال توسعة عليهم
والذبح بيده ان احسن والا امر غيره وكره ان يذبحها كتابي
ويتصدق بجلدها او يعمل آلة كجراب وخف وفرو او يبدله بما ينتفع
باقيا لا بما ينتفع به مستهلكا كالخل ونحوه فان بيع اللحم او الجلد
اي بما ينتفع به مستهلكا تصدق بثمنه ولو غلط اثنان وذبح

كل شاة ضحى صاحبه يعني عن نفسه على ما دل عليه قوله ولو غلط وصح
بلا غرم والقياس ان لا يصح ويضمن لانه ذبح شاة غيره بغير اذنه
وجه الاستحسان ان كل واحد منهما يكون راضيا بفعل صاحبه فيكون
مأذونا فيه دلالة فيقع الذبح عنه ونية صاحبه تقع لغوا حتى لو تشاحا
واراد كل واحد منهما الضمان تقع الاضحية له وجاز عنه لانه ملكه
بالضمان كذا في البدائع وصحت التضحية بشاة الغصب ان ضمنها
اذا غصب شاة فضحى بها عن نفسه لا تجزيه لعدم الملك ولا عن
صاحبها لعدم الاذن ثم ان اخذها صاحبها مذبوحة وضمنه
النقصان فكذلك لا تجوز الاضحية عنها وان ضمنها قيمتها حية
فانها تجزى عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت الغصب
بطريق الظهور والاستناد فصار ذابحا شاة هي ملكه فتجزيه لكنه
يأثم لان ابتداء فعله وقع محظورا وهذا قول اصحابنا الثلثة وقال
زفر لا تجزى عن الذابح ايضا بناء على ان المغصوبات تملك بالضمان
عندنا وعند زفر لا تملك وبه اخذ الشافعي لا الوديعة لان سبب وجوب
الضمان ههنا هو الذبح والملك يثبت بعد تمام السبب وهو الذبح فكان
الذبح مصادفا ملك غيره فلا تجزيه بخلاف الغاصب فانه كان
ضامنا قبل الذبح بوجود سبب وجوب الضمان وهو الغصب السابق
وفي شرح مختصر القدوري للزاهدي بعلامة صدر الدين حسام
وقيل تجزيه لانه ضمنها بالاجماع والشد وجوابه ان الكلام

في ذبح

في ذبح شاة الوديعة وعلى ما ذكر يكون المذبوح مغصوبا ولا
لا انكار ذبح الوديعة قبل ان يغصب

كتاب الكراهية

انما عنون الكتاب بها لتعلق ما فيه من المسائل بها اثباتا او نفيا
ما كره حرام عند محمد ولم يلفظ به لعدم القاطع فعنده ما لزم
تركه ان ثبت ذلك بدليل قطعي يسمى حراما والا يسمى مكروها
كراهة التحريم كما ان لزوم الاتيان به ان ثبت ذلك بدليل قطعي
يسمى فرضا والا واجبا وعندهما الى الحرام اقرب قال
في التجنيس وهو المختار وهنا هو المكروه كراهة تحريم واما المكروه
كراهة تنزيه فالى الحلال اقرب

فصل

الاكل فرض ان دفع
هلاكه ومأجور عليه ان مكنه من صلوته قائما ومن صومه ومباح
الى الشبع ليزيد قوته وحرام فوقه الا لقصد قوة صوم
الغد او لئلا يستحي ضيفه ونحو ذلك وكره لبن الاتان
فان حكمه حكم لحمه وبول الابل وعند ابي يوسف تحل شربه
للتداوي لحديث العرنيين وعند محمد تحل مطلقا لانه لو كان
حراما لا يحل به التداوي قال عليه السلام ما وضع شفاؤكم فيما حرم
عليكم وابو يوسف يقول لا يبقى حينئذ حراما للضرورة ولكن
هذا التاويل انما يناسب ان لو قيل ما حرم عليكم ما وضع شفاؤكم
فيه وابو حنيفة يقول الاصل في البول الحرمة وهو عليه السلام
قد علم شفاء العرنيين وحيا واما في غيرهم فالشفاء غير معلوم

فلا يحل والاكل والشرب والادهان والتطيب من اناء ذهب
وفضة للرجل والمرأة • لقوله عليه السلام انما يجرجر في بطنه نار جهنم
النص ورد في الشرب وعم دلالته غيره • وحل من اناء رصاص
وزجاج وبلور وعقيق خلافا للشافعي • ومن اناء مفضض
خلافا لابي يوسف وجلوسه • عطف على الضمير في حل • على مفضض
كرسيا كان او سريرا او سرجا متقيا موضع الفضة • اي لا يكون
الفضة في موضع الجلوس وكذا الاكل والشرب من الاناء المفضض
اذا كان متقيا موضع الفضة بان لا يكون الفضة في موضع
الفم هذا عنده وعند ابي يوسف يكره مطلقا ومحمد قد قيل
انه مع الاول وقيل مع الثاني • وقبل قول فرد كافر • خبر الكافر
في المعاملات مقبول بالاجماع للحاجة الى قبوله لكثرة المعاملات وكونه
من اهل الشهادة في الجملة • او انثى او فاسق او عبد وضدها
في المعاملات كالتوكيل • كما اذا اخبر ان وكيل فلان في بيع هذا
يجوز الشراء منه • وشراء ذكيته فان قال شريت اللحم من مسلم
او كتابي حل وان قال شريت من مجوسي حرم وقول الرقيق والصبي
في الهداية والاذن • كما اذا جاء بهدية وقال فلان اهدى
اليك هذه الهدية يحل قبوله منه وقال انا ماذون في التجارة
قبل قوله • وشرط العدل في الديانات كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم
ان اخبرها مسلم عدل ولو عبدا ويتحرى في الفاسق والمستور

ثم يعمل بغالب رأيه ولو اراق فتيمم في غلبة صدقه وتوضأ فيتيمم
في كذبه فاحوط • ومقتدى دعي الى وليمة فوجد ثمة لعبا او غناء
الوليمة • طعام العرس واللعب اللهو والغناء بالمد السماع • لا يقعد
على منعه يخرج البتة • لئلا يقتدى به الناس • وغيره ان قعد
غير قادر على المنع • انما قال هذا لانه لو كان قادرا عليه لا يجوز له
ان يقعد ويأكل الا بعد المنع • واكل جاز • لا لان اجابة الدعوة
سنة فلا يترك بسبب بدعة كصلوة الجنازة يحضرها النائحة
لانه ان اراد مطلق الدعوة فلا نسلم ان اجابتها سنة وان
اراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة
يلزمه بعد الحضور لا قبله • ولا يحضر ان علم من قبل وقال ابو حنيفة ابتليت
بهذا مرة فصبرت وذا قبل ان يقتدى به ودل قوله على حرمة
كل الملاهي • لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر
فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه
قوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام
رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذرا عن ارتكاب
المحظور فالظاهر انه جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع
فلا يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتليا بالحرام •

فصل لا يلبس رجل حريرا الا قدر اربعة اصابع اي في العلم
اراد مقدار العلم روي انه عليه السلام لبس جبة مكفوفة

بالحرير وعنده لا فرق بين حالة الحرب وغيرها وعندهما يحل في الحرب
للضرورة تندفع بما لحمته ابريسم وسداه غيره ويتوسده
ويفترشه لما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة من حرير
عنده وكرهه محمد وذكر القدوري قول ابي يوسف مع محمد والفقيه
ابو الليث مع ابي حنيفة وقال الامام الحسن وابي ان اكثر مشايخنا
اخذوا بقول محمد لان مسألة التجبر ذكره في الجامع الصغير المحبوبي
ويلبس ما سداه ابريسم ولحمته غيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات
وصفين يضاف الى اخرهما وجودا واللحمة كذلك وعكسه في الحرب
فقط للضرورة وهو ابقاء الهيبة ورفع مؤنة السلاح
ولا يتحلى بذهب ولا فضة الا بخاتم ومنطقة وحلية سيف منها
ومسمار ذهب لثقب فص وحل للمرأة كلها ولا يتختم بالحجر والحديد
والصفر لكن يجوز ان لم يكن الحلقة من الحجر وتركه اي ترك التختم
لغير الحاكم احب والحاكم سلطانا كان او قاضيا او غيرهما يحتاج
الختم ولا يشد سنه بذهب بل بفضة هذا عنده وقال محمد
لا بأس بالذهب ايضا وذكر قول ابي يوسف مع كل منهما وكره
الباس الصبي ذهبا او حريرا كما ان في الحرم كذلك فان ما حرم
شربه حرم اشرابه لا خرقة لوضوء بفتح الواو وبقية البلل من الوضوء
على الاعضاء او مخاط وعند البعض يكره ذلك لانه نوع تجبر
والصحيح انها اذا كانت للحاجة لا يكره وان كان للتكبر يكره

ولا الرتم هو الخيط الذي يعقد على الاصبع او على الخاتم
لتذكر الشيء فعقده لا يكره لان فيه غرضا صحيحا فلا يكون عبثا
بخلاف شد الخيوط والسلاسل وغيرهما على بعض اعضاء كما هو
عادة بعض الناس فانه مكروه لانه عبث محض

فصل

ينظر الرجل من الرجل سوى ما بين سرته الى ركبته السرة ليست بعورة
بخلاف الركبة وعند الشافعي على العكس ومن عرسه وامته الحلال احترز
بقيد الحلال عن الحرام كما اذا كانت مجوسية او منكوحة للغير او
محرمة بالرضاع او المصاهرة لان اباحة النظر الى الفرج مبنية
على حل الوطي فتنتفي بانتفائه الى فرجها ومن محرمه الى الرأس
والوجه والصدر والساق والعضد ان امن شهوته وشهوتها
لا بد من هذا ايضا صرح به في الهداية فمن قصر على الاول فقد قصر
والا فلا لا الى الظهر والبطن والفخذ كامة غيره فان حكم امة الغير
حكم المحرم لضرورة رؤيتها في ثياب المهنة وما حل نظرا منها حل
مسا وله مس ذلك ان اراد شراءها وان خاف الشهوة هذا
على ما ذكر في الجامع الكبير وبه اخذ القدوري في مختصره وذكر
في المبسوط كل ما يباح النظر منها يباح مسه منها اذا امن الشهوة
على نفسه وعليها وامة بلغت لا تعرض في ازار واحد ومن الاجنبية
الى وجهها وكفيها فقط هذا في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
انه يحل النظر الى قدميها اذا لم يكن النظر عن شهوة لما مر في كتاب الصلوة

ان القدم ليس بعورة ووجه الطاهران في الصلوة ضرورة ولا ضرورة
في نظر الاجنبي الى القدم بخلاف الوجه والكف وكذا السيدة
فانها في النظر الى قدميها كالاجنبية في حق عبدها فان خاف
اي الشهوة لا ينظر الى وجهها الا الحاكم كقاض يحكم وشاهد يشهد عليها
ومن يريد نكاح امرأة او شراء امة وان خيف شهوتهم ورجل
يداويها طبيبا كان او جراحا فان هؤلاء يحل لهم النظر مع خوف
الشهوة للحاجة فينظر الى موضع مرضها بقدر الضرورة وينظر
المرأة كالرجل من الرجل وكذا من الرجل ان امنت شهوتها والخصي
والمجبوب والمخنث في النظر الى الاجنبية كالفحل ويعزل عن امته
بلا اذنها وعن عرسه به العزل ان يطأ فاذا قرب الى الانزال
اخرج ولا ينزل في الفرج ومن ملك استمتاع امة بشراء او نحوه
كالوصية والارث ونحوهما وانما زاد قيد الاستمتاع احترازا عن
امة كانت تحت نكاح المشتري قبل الشراء فانه لا يجب الاستبراء اذا
اشتراها فان سبب وجوبه حدوث ملك الاستمتاع بملك اليمين كذا
في التحفة ولو بكرا او مشرية من امرأة او عبد لانه لا يملك استمتاع
مشرية وان ملك رقبتها اذا كان ماذونا مديونا مستغرقا
او محرمها اي محرم الا لكن غير ذي رحم محرم حتى لا تعتق عليه او من
مال صبي اضاف الشراء الى ماله لعدم صحته منه حرم عليه وطؤها ودواعيه
حتى يستبرئ بحيضة فيمن تحيض وبشهر في ذات شهر وبوضع الحمل في

الحامل فان الحكمة في الاستبراء تعرف براءة الرحم صيانة للماء المحترم
عن الاختلاط وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه بماء محترم لكنه امر خفي
فادير الحكم على امر ظاهر وهو استحداث الملك واليد وان كان عدم الوطي
معلوما كما في بعض الصور التي عدها بقوله ولو بكرا الخ فان الحكمة
تراعى في الجنس لا في كل فرد فرد ويرد عليه انهم ينكرون انعلاق
الولد الواحد من مائين لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر في
باب التدبير والاستيلاد فكيف يتوهم ههنا حكمة الاستبراء على
جوازه واما ما قيل ان حكمته لا تراعى في كل فرد لكن تراعى في الانواع
المضبوطة فان كانت الامة بكرا او مشرية ممن لا يثبت نسب ولدها
منه ينبغي ان لا يجب لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذا الانواع
لان احترام الماء بكون الولد ثابت النسب منه فمدفوع بان يقال ان
توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشرية ممن لا يثبت نسب ولدها
منه اما في الاول فلما مر واما في الثاني فلما ذكر في الكافي ان
المعتبر التوهم سواء كان من المالك ومن غيره لا يقال اذا كان
الشغل من غير المالك كان من الزنا ونكاح المزنية ووطئها جائز
بلا استبراء لان الشغل من غير المولى لا يلزم ان يكون من الزنا
ان يكون بتزوج المالك لا بما قيل انه انما يثبت بقوله عليه السلام
في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا غير
الحبالى حتى يستبرئن بحيضة فان السبايا لا يخلو من ان يكون فيهن

بكرا او ثيبة من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي عليه السلام
حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت
في سائر اسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة
ثم تؤيد ذلك بالاجماع لان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى
يندفع ببيان وجه ثبوته عاما بل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم
اطرادها بجنس الانواع المضبوطة ولم تكف حيضة ملكها فيها
ولا التي قبل القبض ولا ولادة كذلك ويجب في شراء امة
الا شقصا هو له لان الملك تم له الآن والحكم يضاف الى العلة
القريبة لا عند عود الآبقة ورد المغصوبة والمستأجرة
وفك المرهونة لانه لم يوجد استحداث الملك ورخص حيلة اسقاط
الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد واخذنا بالاول ان علم عدم
وطئ بايعها في ذات الطهر وبالثاني ان قربها وحتى ان لم يكن
تحته من تمتنع نكاحها سواء كانت حرة او اربع من الاماء
ان ينكحها ثم يشتريها بعد تسليمها المولى اليه ذكر هذا القيد في الكافي
ولا بد منه كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح وانما
يسقط الاستبراء بما ذكر لانه بالنكاح لا يجب فاذا اشترى
زوجته لا يجب ايضا وان كانت نكحها البايع اي ان كانت تحته
مانعة فالحيلة ان ينكحها البايع رجلا ثم يشتري المشتري ثم يطلق
الزوج قبل الدخول فانه لا يجب الاستبراء لانه اشترى منكوحة

الغير ولا يحل وطؤها فلا استبراء واذا طلقها الزوج قبل الدخول
حل للمشتري وحينئذ لم يوجد حدوث الملك فلا استبراء او المشتري
قبل قبضه ثم يقبض ثم يطلق الزوج اي ينكح المشتري قبل القبض
رجلا ثم يقبضها ثم يطلق الزوج فان الاستبراء لا يجب بعد القبض
اذ حينئذ لا يحل وطؤها لانها منكوحة الغير واذا حل بعد طلاق
الزوج لم يوجد حدوث الملك ومن فعل احدى دواعي الوطئ
هي القبلة والمس بشهوة والنظر الى فرجها بشهوة فلا حاجة
الى قيد بشهوة بل لا وجه له لانه غير معتبر في القبلة بامتيه لا يجتمعان
نكاحا حرم عليه وطؤهما بدواعيه لان الدواعي الوطئ حكمه
حتى يحرم احديهما عليه بزوال ملكه عنها كلا او بعضا وبدخولها
تحت نكاح الغير لم يقل حتى يحرم احديهما لان المعتبر حرمة احديهما عليه
سواء كانت بفعل المولى او لا كما اذا استولى الكفار عليها فخرجت
عن ملكه لا بفعله وكره تقبيل الرجل وعناقه في ازار واحد ولو
مع قميص كمصافحته ذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة وقالوا الخلاف
فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار وان كان عليهما قميص او جبة
فلا بأس بالاجماع قال صاحب الهداية وهو الصحيح واختاره
المصنف في الحقائق ان كانت القبلة على وجه المبرة دون
الشهوة جاز عند الكل وكره بيع العذرة خالصة وصح في الصحيح

مخلوطة. في الهداية وهو المروي عن محمد وهو الصحيح. كبيع السرقين
قال في الحقائق يجوز بيع السرقين عندنا وكره بيع العذرة
الا اذا كان مغلوبا بالتراب وعند الشافعي لا يجوز بيع شيء من
الانجاس والانتفاع بمخلوطها الانجاس لصحتها. قال في التبيين
والصحيح عن ابي حنيفة ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز.
وجاز اخذ دين على كافر من ثمن خمره بخلاف المسلم. اي بخلاف دين
على المسلم فانه لا يؤخذ من ثمن خمره لان بيعه باطل فالثمن الذي
اخذه حرام. الا اذا وكله ذميا. فانه يجوز توكيل المسلم ذميا ببيع
خمره عنده خلافا لهما. وتحلية المصحف بالرفع عطف على اخذ دين
ودخول الذمي مسجدا. اي مسجد كان وقال مالك يكره ذلك في
كل مسجد وقال الشافعي يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون
نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولنا انه عليه السلام
انزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه فقالت الصحابة
المشركون نجس فقال عليه السلام ليس على الارض من نجاستهم شيء
وانما نجاستهم على انفسهم والمراد بالمنع عن قربانهم المسجد الحرام
المذكور في الآية منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت
عراة وقيل المراد بشارة المسلمين بان الكفار لا يتمكنون
من الدخول بعد عامهم هذا ولا يذهب عليك انه يأبى عن هذين الوجهين
ترتب النهي عن القربان على كونهم نجسا فان قلت اليس التقييد بقوله

بعد عامهم

بعد عامهم هذا يأبى عن تعليل النهي المذكور بنجاستهم لان موجبه
المنع عقيب النزول لا بعد زمان قلت لا لان موجبه المنع
عن الدخول عند القدرة على المنع وهي بعد العام المشار اليه
وبهذا الاعتبار حصل البشارة بفتح مكة شرفها الله. وعيادته
واخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل والحقنة ورزق القاضي
اي من بيت المال اذا كان بيت المال حلالا لا جمع بحق وفي التعبير
بالرزق اشارة الى انه مقدر بقدر الحاجة في كل زمان ثم انه
ان كان شرطا كالاجرة فحرام لان القضاء اعظم الطاعات
فاذا بطل الاستئجار على سائرها فعلى هذا احق وان كان
كفاية ومؤنة كالنفقة فلا بأس به لانه محبوس بحقوق المسلمين
والحبس من اسباب النفقة كما في النكاح والعدة من الكافي
وسفر الامة وام الولد بلا محرم. فان مس اعضائهما في
الاركاب كمس اعضاء المحارم قالوا هذا في زمانهم لغلبة اهل
الصلاح واما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد وبه يفتى
وشراء ما لا بد منه للطفل وبيعه لاخ وعم وام وملتقط
هو في حجرهم واجارته لامه فقط. فان الام تملك اتلاف
منافعه بغير عوض بالاستخدام فلان تملك اتلافها بعوض
بالاجارة اولى ولا كذلك غيرها. وبيع العصير ممن يعلم انه
يتخذه خمرا لان العصير بعينه ليس بآلة الفساد وانما يكون

بعد تغيره بخلاف السلاح فان عينه للشر بلا تغير فيكره بيعه
من اهل الفتنة وحمل خمر ذمي باجر وقالا لا يجوز ولا يحل
الاجر واجارة بيت في السواد ليتخذ بيت نار او كنيسة او بيعة
الاول معبد اليهود والثاني معبد النصارى ذكره في الصحاح
ومن ظن عكس هذا فقد سهى او يباع فيه الخمر لتخلل فعل
الفاعل المختار وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة
على المعصية وانما قيده بالسواد لان الاجارة المذكورة
لا تجوز في الامصار اتفاقا كما توهم بل لانهم لا يمكنون من
اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور في الامصار لظهور
شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد في سوادنا لا يمكنون فيها
في الاصح قالوا ما ذكره ابو حنيفة كان في سواد الكوفة
لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام
فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الصحيح وتحليل امة
اشتراها محرمة بالاذن اي باذن المالك اي قيد به اذ لا كلام
لاحرامها اذ لم يكن باذنه بالوطي والاولى ان يحللها بالقص
والقلم اي بقص شعرها وقلم ظفرها وبيع بناء بيوت مكة شرفها
الله وتقييد العبد وقبول هديته تاجرا واجابة دعوته و
استعارة دابته وفي القياس لا يجوز وجه الاستحسان انه
عليه السلام قبل هدية سلمان وهو عبد وبريرة وهي مكاتبة

وكره كسوته ثوبا وان يهدي النقدين اي كره ان يكسو العبد
غيره ثوبا وان يهدي النقدين واستخدام الخصي لانه حث
على اخصاء الانسان وهو غير جائز واقراض بقال شيئا
على ان ياخذ منه ما شاء يعني اقراضه بهذا الشرط لانه قرض
جر نفعا وانما قلنا بهذا الشرط لانه لولا الاشتراط لكان وديعة و
حينئذ لا يكره على ما ذكر في الهداية واللعب بالشطرنج والنرد وكل
لهو وعند الشافعي يباح مجرد اللعب بالشطرنج لان فيه تشحيذ الخاطر
لكن بشرط ان لا يكتسب عليه بل يلعب في الاحايين ذكره في العمدة
والحقائق فلا يرد عليه ما قيل هو مظنة فوت الصلوة وتضييع
العمر واستيلاء الفكر الباطل حتى لا يحس بالجوع والعطش فكيف
بغيرهما وجعل الغل في عنق عبده وبيع ارض مكة واجارتها
لان مكة حرام وقالا يجوز لان ارضها مملوكة وقوله في دعائه
بمعقد العز من عرشك في المسئلة عبارتان معقد ومقعد
ولا شك في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لايهامه
تعلق عزه تعالى بالعرش وعند ابي يوسف يجوز الاول للدعاء الماثور
وبحق رسلك وانبيائك اذ لا حق لاحد على الله تعالى وتعشير
المصحف ونقطه الا للعجم فانه حسن لهم واحتكار قوت البشر والبهائم
في بلد يضر باهله الاحتكار المنهي في الاشياء التي هي قوت الناس
والبهائم قول ابي حنيفة ومحمد وعليه الفتوى كذا في الكافي

وعند ابي يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وعند محمد
لا احتكار في الثياب وفي مدة الحبس قيل مقدرة باربعين يوما وقيل بالشهر
وهذا في حق المعاقبة في الدنيا ولكن ياثم وان قلت المدة ويجب
بامره القاضي ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله فان لم يفعل عزّر
والصحيح ان للقاضي ان يبيع ان امتنع اتفاقا. لا غلة ارضه
ومجلوبه من بلد آخر. هذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
كل ذلك مكروه وعند محمد كل ما يجلب منه الى المصر غالبا فهو في حكم
المصر ولا يسعّر حاكم. هو من سعّر النار اذا رفعها لان السعر يوصف
بالارتفاع من الغائق. الا اذا تعدى الارباب عن القيمة فاحشا
فيسعّر بمشورة اهل الرأي. وقال مالك على الوالي التسعير عام
الغلاء ولم يشترط الشرط المذكور

كتاب احياء الموات

الحيوة نوعان حسية ونامية والمراد ههنا النامية في فوائد
خواهر زاده وفي الخلاصة وتفسير احياء الموات ان يبني عليها او يغرس
او يكربها ويسقيها. هي ارض بلا نفع لانقطاع مائها او غلبت
عليها ونحوهما كما اذا نزت وصارت سبخة. عادية. اي قديم
خرابها كأنها خربت في عهد عاد. او مملوك في الاسلام لا يعرف
مالكها بعيدة من العامر لا يسمع صوت من اقصاه. وعند محمد ما كان
مملوكا لمسلم او ذمي لا يكون مواتا فاذا لم يعرف مالكها يكون لجماعة
المسلمين ولو ظهر مالكها ترد اليه ويضمن نقصان الارض والبعد عن

العام

العامر شرطه ابو يوسف خلافا لمحمد. من احياه ملكه ان اذن له
الامام ولو ذميا والا. اي ان لم يأذن الامام فلا. وعندهما
اذن الامام ليس بشرط. ولم يجز احياء ما عدل عنه الماء وجاز
عوده وان لم يجز. اي عود الماء. جاز. ومن حجر ارضا.
التحجير الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه بتحجير
غيرهم عن احيائها. ولم يعمرها ثلث سنين دفعها الامام الى غيره
عن محمد ان كربها او سقاها فهو تعمير واحياء وان فعل احدهما
فهو تحجير لا تعمير. ومن حفر بئرا في موات بالاذن فله حريمها للعطن
والناضح. العطن مناخ الابل ومبركها حول البئر والعطن التي
ينزح الماء منها باليد والناضح البعير الذي يستقى به وبئر الناضح
التي ينزح الماء منها بالبعير كذا في المغرب. اربعون ذراعا
وعندهما ان كانت للعطن فاربعون ذراعا وان كانت للناضح فستون
ذراعا من كل جانب في الصحيح. كذا في الهداية والكافي وغيرهما
احترز به عما قيل ان المراد اربعون ذراعا من الجوانب الاربعة
وللعين خمسمائة كذلك. اي من كل جانب والذراع هو المكسرة وهو ست
قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة. ومنع
الغير من الحفر فيه لا فيما وراءه له. اي للذي حفر في منتهى حريم
الاول الحريم من ثلث جوانب دون الآخر. اي دون الجانب
الآخر لسبق ملك الحافر الاول فيه. وللقناة. وهي مجرى الماء

تحت الارض حريم بقدر ما يصلحها. وعن محمد انه بمنزلة البئر في
استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء
على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا عند ظهور
الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه خمسمائة ذراع
ولا حريم للنهر في ارض غيره الا بحجة. وعندهما مسناة النهر يمشي
عليها ويلقى عليها الطين وكذا في ارض موات. فمسناة بين نهر
رجل وارض لآخر وليست مع احد اي ليست في يد احدهما بان
لم يكن لواحد منهما عليها غرس ولا طين ملقى وانما قال هذا لانه
ان كان فهو لصاحب الشغل لصاحب الارض. وقالا لصاحب النهر
حريم لملقى طينه وغير ذلك ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف
بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهو
ارفق بالناس كذا في الهداية **فصل** الشرب في اللغة النصيب
من الماء وفي الشريعة نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزرع
والدواب. ذكره في المغرب والشفة شرب بني آدم والبهائم
ولكل حقها في كل ماء لم يحرز باناء او جب وسقي ارضه من بحر و
نهر عظيم كدجلة ونحوها وشق نهر لارضه منها او لنصب الرحى
ان لم يضر بالعامة لا سقي دوابه ان خيف تخريب النهر لكثرتها
وارضه بالجر عطف على دوابه. وشجره من نهر غيره وقناته
وبئره الا باذنه وله سقي شجر او خضر في داره بجراره في الاصح

وكري نهر لم يملك من بيت المال فان لم يكن فيه شيء فعلى العامة
فيجبر الامام الناس على كريه ان امتنعوا عنه. وكري نهر مملوك
على اهله من اعلاه لا على اهل الشفة ومن جاوز من ارضه
بري. اي كل شريك جاوز الذين يكرون النهر عن ارضه لم يكن
عليه كري باقي النهر وقالا عليهم كريه من اوله الى آخره بالحصص
وصح دعوى الشرب بلا ارض. هذا استحسان والقياس ان لا تصح
لانه مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان انه يمكن
ان يملك بغير ارض بالارث والوصية وقد يبيع الارض دون
الشرب فيبقى له الشرب وحده وهو غير مرغوب عنه فيصح الدعوى
وان اختصم قوم في شرب بينهم قسم بقدر اراضيهم ومنع
الاعلى منهم من سكر النهر وان لم يشرب بدونه الا برضاهم
وكل منهم من شق النهر منه ونصب الرحى او دالية او جسر عليه
بلا اذن شركائه الا رحى وضع في ملكه بان يكون بطن النهر و
جانباه ملكا له ولا آخر حق المسيل. ولا الضرر بالنهر ولا بالماء
ومن توسيع فم النهر والقسمة بالايام وقد كانت بالكوى هي
جمع الكوة وهي روزن البيت استعيرت للثقب التي تثقب
في الخشب ليجري الماء فيه الى المزارع والجداول وانما يمنع لان
القديم يترك على قدمه. ومن سوق شربه الى ارض اخرى ليس لها
منه شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه تلك

الأرض والشرب يورث ويوصى بالانتفاع ولا يباع ولا يوجر
ولا يوهب ولا يتصدق ولا يجعل مهراً او بدل الصلح ولا يضمن
من ملأ ارضه فنزت ارض جاره او غرقت ولا من سقى ارضه
من شرب غيره قال الامام البزدوي رجل اتلف شرب انسان
بان سقى ارضه بشرب غيره ضمن وتفسير ضمان الشرب على ما ذكره
الامام السرخسي في المبسوط انه ينظر بكم يشترى لو كان بيعه
جائزا وقال الامام المعروف بخواهرزاده لا يضمن وعليه الفتوى
كذا في الخلاصة والله اعلم

كتاب الاشربة

الشراب في اللغة
اسم لكل ما يشرب من المايعات وفي اصطلاح الفقهاء ما حرم
شربه وكان مسكرا احرم الخمر وهي النيء من ماء العنب اذا غلا واشتد
هذا الاسم خص بهذا الشراب باجماع اهل اللغة وقال بعض
الناس هو اسم لكل مسكر لانه مشتق من مخامرة العقل
وهو موجود في كل مسكر قلنا انما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرة
العقل ولو سلم انها لمخامرته ولكن وضعها مختص لنوع
كالنجم فانه اسم خاص بالكوكب لا لكل ما ظهر وان كانت التسمية باعتبار
معنى الظهور وهذا ما هو الظاهر من الهداية واما ما قيل
ان اللغة لا تجري فيها القياس فلا تجدي نفعا ههنا لما عرفت
ان متمسك الخصم غيرها او قذف بالزبد وعندهما اذا اشتد
اي صار مسكرا لا يشترط قذف الزبد ثم ان عينها حرام وان

ومن الناس من قال السكر منها حرام لا عينها وهو مردود بانه تعالى
سماها رجسا وعليه اجماع الامة ثم انها نجس نجاسة غليظة كالبول
ويكفر مستحلها ويسقط تقومها في حق المسلم لا مالية عنها
ويحرم الانتفاع بها ويحد شاربها وان لم يسكر ولا يؤثر فيها
الطبخ ويجوز تخليلها خلافا للشافعي هذه عشرة احكام كالطلاء
وهو ماء عنب طبخ فذهب اقل من ثلثيه هذا اعلى وفق ما في الهداية
وقال صاحب التحفة انه اسم للمثلث وهو المطبوخ من ماء العنب بعد
ما ذهب ثلثاه وبقي الثلث وصار مسكرا او ما طبخ من ماء العنب
وذهب اقل الثلثين وصار مسكرا اسمه الباذق وهو يوافق
هذا ما في الحقائق وغلظا نجاسة ونقيع التمر لم يقل اي السكر
لان السكر هي النيء من ماء الرطب بعد ما غلا واشتد وقذف
بالزبد عنده وعندهما اذا غلا وان لم يسكن غليانه ذكره في التحفة
ونقيع الزبيب نيئين اذا غلت واشتدت الضمير يرجع
الى الطلاء ونقيع التمر ونقيع الزبيب وعند الاوزاعي الطلاء
مباح وكذا نقيع الزبيب وعند شريك السكر مباح لقوله تعالى
تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا قلنا توصيف المعطوف
بالحسن لا يخلو عن الدلالة على ان في المعطوف عليه قبحا فهو لنا
لا علينا فان قلت الآية سيقت امتنانا قلت نعم الا انه مشوب
بالتوبيخ ثم ان الخلاف بينه وبين صاحبه كالخلاف في الخمر

وحرمة الخمر قطعية فيكفر مستحلها فقط وحل المثلث العنبي مشتد
وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث وهو
حلال عند الكل ما دام حلوا فاذا غلا واشتد وقذف بالزبد
فكذلك عند الشيخين وقال محمد قليله وكثيره حرام وهو قول
الشافعي والقدح المسكر منه بتعيين او غالب الرأي حرام
عندهم وهذا الخلاف فيما اذا قصد به استمراء الطعام والتداوي
والتقوي على طاعة الله تعالى اما السكر منه حرام سئل ابو حفص
الكبير عن هذا فقال لا يحل شربه فقيل له خالفت الشيخين فقال
لا لانهما يحلان للاستمراء والناس في زماننا يشربون للفجور والتلهي
وشربه للهو لا يحل اجماعا كذا في الحقائق ونبيذ التمر والزبيب
مطبوخا ادنى طبخة وان اشتد شرب ما لم يسكر بلا لهو وطرب
اي انما يحل هذه الاشربة اذا شربت لا لقصد اللهو والطرب بل للتقوي
ولم يبلغ حد السكر والخليطان هو ان يجمع بين ماء التمر والزبيب
ويطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد هذا ايضا يحل بلا لهو
وطرب ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وان لم يطبخ
بلا لهو وطرب وحل الخمر ولو بعلاج بالقاء شيء فيها كالملح والخل
وقال الشافعي ان التخليل اذا كان بالقاء شيء فيها لا يحل الخل
قولا واحدا وان كان بدونه ففيه قولان والانتباذ في الدباء
هو القرع والحنتم هو الجرة الخضراء والمزفت هو الظرف المطلي

بالزفت والنقير هو الظرف الذي يكون من الخشب المنقور اعلم
ان هذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت الخمر حرم النبي
عليه السلام استعمال هذه الظروف لا لان فيه تشبها بشرب الخمر
والا لما ابيح بعد زمان ولا لانه كان فيها اثر الخمر والا لكان
الحكم مخصوصا بما دخل فيه الخمر بل تشديدا وتغليظا في باب تحريم
في الابتداء ليتركه الناس مدة فلما مضى مدة اباح النبي عليه السلام
استعمال هذه الظروف لان الناس تركوا شرب الخمر واستقر الامر
فزال التشديد بعد حصول المقصود وكره شرب دردي الخمر
والامتشاط به وكره الانتفاع به مطلقا وانما خص الامتشاط
بالذكر لان له تحسين الشعر والمراد بالكراهة الحرمة لان فيه اجزاء
الخمر هذا هو المفهوم من الهداية وقيل ذكر لفظ الكراهة لا الحرمة
لعدم النص القاطع ولم يدر هذا القائل انه اذا تحقق وجود
بعض اجزاء الخمر فيه تحقق فيه النص القاطع لان الوارد فيه من
النص والاجماع لا يفرق بين قليله وكثيره ولا الحد شاربه بلا سكر
خلافا للشافعي لانه شرب جزء من الخمر ولنا ان في الخمر انما يحد بشرب
القليل لان قليل الخمر يدعو الى الكثير ولا كذلك في الدردي فانه
غير الخمر من الاشربة المسكرة ولا حد فيها الا بالسكر

كتاب الصيد

هو الممتنع بقوائمه او بجناحيه يحل صيد كل ذي ناب ومخلب قدم في
الذبائح معنى ذي الناب وذي مخلب من كلب وباز ونحوهما

والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به وعن ابي يوسف
انه استثنى من ذلك الاسد والذئب لانهما لا يعملان للغير الاسد لعلو همته
والذئب لخساسته والحق بها بعضهم الحداة لخساسته فان قلت نجسته
لا يوجد في واحد منها شرط التعليم فلا حاجة الى الاستثناء قلت بل
الحاجة قائمة اذ لا وجه لان يقال يحل صيد كل ذي ناب ومخلب بشرط
التعليم مع عدم الاهمال لتحقق ذلك الشرط في بعضه كما لا وجه لان
يقال كل الحيوان طائر بشرط ان يحرك جناحيه مع عدم الاهمال
لتحقق ذلك الشرط في بعضه بشرط علمهما وجرحهما اي موضع منه
لا بد من الجرح في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يشترط
ذلك وارسال مسلم او كتابي اياهما مسميا المراد من التسمية
ما يعم الحكمية فالشرط عدم تركها عمدا على ممتنع متوحش لو كان
يشترط في تحقق الحكم المذكور ان يكون ممتنعا اي قادرا على الفرار
بالقوائم او الجناحين متوحشا فالذي وقع في الشبكة او سقط
في البير او استانس لا يتحقق الحكم المذكور وان لا يشارك الكلب
المعلم كلب لا يحل صيده لكلب غير معلم وكلب مجوسي وكلب لم يرسل
للصيد وارسل له وترك التسمية ولا يطول وقفته بعد ارساله
لانه اذا طال وقفته بعد الارسال لا يكون الاصطياد مضافا
الى الارسال ويعلم المعلم بترك اكل ذي ناب ثلث مرات ورجوع
ذي مخلب بدعائه وان اكل منه ذو مخلب اكل الا ان اكل ذو ناب

ولا ما ان اكل منه بعد تركه ثلث مرات ولا ما صاد بعده اي
بعد ما اكل حتى يتعلم اي يترك الاكل ثلث مرات او قبله وبقي
في ملكه اي لا يحل ما صاد قبل الاكل اذا بقي في ملكه فان الكلب مثلا
اذا اكل علم انه لم يكن معلما فكل ما صاد قبل ذلك الاكل فهو صيد
كلب جاهل فيحرم اذا بقي في ملك الصياد ومن شرط الحل بالرمي
التسمية حقيقة او حكما بان لا يتركها عامدا والجرح وان لا يقعد
عن طلبه ان غاب متحاملا سهمه اذا وقع السهم بالصيد فتحامل
حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه اكل وان قعد عن طلبه ثم
اصابه ميتا لم يوكل لان في وسعه ان يطلبه الا ان يدركه
قبل ان يموت وفي الخانية من شرط حل الصيد ان لا يتوارى
عن بصره لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب
آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء
ما رأيته والانماء ما توارى عنك وقد روي عن النبي عليه
السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي فقال لعل
هوام الارض قتلته وهو حجة على مالك في قوله ان ما توارى
عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل فان ادركه المرسل
والرامي حيا المراد انه ادركه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في
المذبوح ذكاه اي يجب تذكيته حتى لو تركها يحرم فان تركها
اي ترك التذكية مع القدرة عليها عمدا فمات واما ان لم يمكن

منها ففي المتن اشارة الى حله كما روي عن ابي حنيفة وكذا عن
ابي يوسف وهو قول الشافعي وفي ظاهر الرواية انه يحرم وان
كانت حيوته مثل حيوة المذبوح فلا اعتبار لها فلا تحل بدي كسبه
واما في المتردية واخواتها وفي الشاة التي مرضت فالفتوى
على ان الحيوة وان قلت معتبرة حتى لو ذكاها وفيها حيوة
قليلة يحل لقوله تعالى الا ما ذكيتم او ارسل مجوسي او من في حكمه
ممن لا يجوز ذكوته كلبه فزجره مسلم فانزجر يقال زجر الكلب
فانزجر اي صيحه فهاج وهذا لان الزجر دون الارسال ولهذا
لم يثبت به شبهة الحرمة على ما سيأتي فاولى ان لا يثبت به الحل
او قتله معراض بعرضه المعراض السهم الذي لا ريش له سمي
معراضا لانه يصيب الشيء بعرضه ولو كان في رأسه حدة
فاصاب بحده يحل او بندقة ثقيلة ذات حدة انما قال هذا
لانه يحتمل انه قد قتله بثقله حتى لو كان خفيفا به حدة يحل
لتيقن الموت بالجرح او رمى صيدا فوقع في ماء فانه يحتمل ان
الماء قتله فيحرم او على سطح او على جبل فتردى منه الى الارض
حرم لان الاحتراز عن مثل هذا ممكن وان وقع على الارض
ابتداء فان الاحتراز عنه غير ممكن فيحل او ارسل مسلم كلبه فزجره
مجوسي فانزجر وهذا لان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله
كنسخ الحديث والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه فلا يرفع به

بخلاف عكسه اي لو ارسل مجوسي ومن في حكمه ممن لا يجوز ذكوته
فزجره مسلم فانزجر لا يؤكل او لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر
وهذا لان الزجر مثل الانفلات لانه وان كان دونه من حيث
انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح
ناسخا له او اخذ غير ما ارسل عليه اكل لانه لا يمكن التعليم بحيث
يأخذ ما عينه وعند مالك لا يؤكل وان ارسله فقتل صيدا
ثم قتل صيدا آخر اكلا كما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب
آخر وكذلك لو ارسل على صيود كثيرة وسمى مرة واحدة بخلاف
ذبح الشاتين بتسمية واحدة كصيد رمي فقطع منه عضو اكل هو
وعند الشافعي اكلا ان مات الصيد منه وان لم يمت من ذلك
واحتيج الى ذكوة اخرى كان المبان لا يحل ويحل المبان منه
ذكره في الحقائق ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت
وان قطع اثلاثا والاكثر مع عجزه اي قطع قطعتين بحيث يكون
الثلث في طرف الرأس والثلثان في طرف العجز او قطع نصف
رأسه او اكثره او قد بنصفين اكل كله لان في هذه الصور
لا يمكن حيوة فوق حيوة المذبوح فلم يتناوله ما ابين من الحي فهو
ميت بخلاف ما اذا كان الثلثان في طرف الرأس والثلث
في طرف العجز لامكان الحيوة في الثلثين فوق حيوة المذبوح وكذا لو
ما اذا قطع اقل من نصف الرأس لامكان الحيوة فوق حيوة

المذبوح وان رمى صيدا فرماه آخر فقتله فهو للاول وحرم
ويضمن الثاني له قيمته مجروحا ان كان الاول اثخنه اي اخرجه
من حيز الامتناع اما انه ملكه فلانه ملكه بالرمي المثخن واما انه يكون
حراما فلاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة
الاختيار واما ان الثاني يضمنه للاول فلانه بالرمي اتلف صيدا
مملوكا له واما ان المضمون قيمته مجروحا فلانه منقوص بجراحته
وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف والا فللثاني اي ان
لم يكن الاول اخرجه عن حيز الامتناع فهو ملك الثاني لانه قد صاده
وحل لان ذكوته اضطرارية ويصاد ما يوكل لحمه وما لا يوكل
لاطلاق النص والصيد لا يختص بماكول اللحم ولان صيده
سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاندفاع شره
وكل ذلك مشروع فما لا يوكل لحمه يطهر لحمه وجلده بالذكوة
الاضطرارية في الاصطياد

كتاب الرهن

هو في اللغة
حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق
لم يقل حبس الشيء بحق لان الحابس هو المرتهن لا الراهن بخلاف
الجاعل اياه محبوسا يمكن اخذه منه كلا او بعضا كما اذا كان
قيمة المرهون اقل من الدين ومن هنا تبين اصابته في
العدول عن الاستيفاء الواقع في الهداية الى الاخذ كالدين
كاف التمثيل وما في لفظ الحقائق من العموم يشير الى عدم انحصار

ما يصح الرهن به في الدين وسيأتي التصريح به من قبل المص بان
الرهن يصح بالعين ثم من قال فانه يمكن اخذه من المرهون
بان يباع بخلاف العين فان الصورة مطلوبة فيها ولا يمكن
تحصيل صورة عين من شيء آخر لم يصب وينعقد بايجاب
وقبول قالوا الركن هو الايجاب المجرد لانه عقد تبرع فيتم
بالمتبرع كالهبة وذكر في المحيط ما يدل على ان القبول داخل فيه
والقبض شرط اللزوم ومن قال ولزم بايجاب وقبول فلم يصب
لان ما ذكره مذهب مالك وقد رد المص عليه بقوله غير لازم اي
ينعقد حال كونه غير لازم فللراهن اتمامه لم يقل تسليمه حذرا
عن تفكيك الضمائر والاستخدام لا يناسب امثال هذا المقام ورجوعه
واذا سلم فقبض محوزا اي مجموعا احترز به عن المتفرق كالثمار
على رؤوس الاشجار ذكره الزاهدي في شرح القدوري مفرغا
اي غير مشغول بحق الرهن حتى لا يجوز رهن الارض بدون النخل
والشجر بدون الثمر واما رهن دار فيها متاع الراهن بدون
المتاع فجائز اذا اودع ما فيها او لا ثم يسلمها اليه ذكره في
الخانية مميزا سواء كان تميز العبد احترز به عن المشاع ذكره
الزاهدي وصاحب التحفة وعن المتصل بما ليس برهن خلقة
كالشجر ومنها ان يكون منفصلا عن غيره غير متعلق بما لم يقع عليه عقد
الرهن وعلى هذا قلنا ان رهن المشاع لا يصح وقال الشافعي

يصح لزم والتخلية وهي ان يضع الراهن في موضع يتمكن المرتهن
من اخذه تسليم اكتفي بالتخلية لانها غاية ما يقدر عليه والقبض
فعل غيره فلا يكلف وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل وعند مالك يلزم بدون
التسليم وضمن بالاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ومن قال
وضمن بالاقل من قيمته ومن الدين لم يصب لان صحة المعنى يقتضي ان
يكون من للتمييز وذلك على تقدير التعريف واعتبر هذا بقول
القائل مررت باعلم من زيد وعمرو ويكون الاعلم غيرهما ولو قال
بالاعلم من زيد وعمرو ويكون الاعلم واحدا منهما وذلك
ان كلمة من اداة للتفضيل على الاول لفقدان التعريف
والاضافة فيكون المفضل غير مدخول من وعلى الثاني يكون
للتمييز لوجود التعريف فيكون المفضل مدخول من فلو هلك
وهما سواء سقط دينه وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان
كانت قيمته اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء
وذلك بقدر الدين وفي اقل سقط من دينه بقدره ورجع
المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وعند زفر الرهن
مضمون بالقيمة وعند الشافعي غير مضمون بل هو امانة وان هلك
الرهن والمرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته هلك بدينه وان
ضمن المرتهن رجع على الراهن بقيمته وبدينه اي المستحق بالخيار

بين تضمين الراهن والمرتهن فان ضمن الراهن فقد هلك بالدين
لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع
على الراهن بما ضمن من القيمة لانه مغرور من جهته وبالدين لانه
انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار
الضمان على الراهن والملك في المضمون لمن عليه قرار الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء
قلنا هذا طعن ابي حازم القاضي والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب
الغرور والغرور حصل بالتسليم الى المرتهن فيملك الراهن العين
من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين
انه رهن ملك نفسه بل ملك غيره كذا في التبيين ولم يطلب
دينه من راهنه اذ لا يسقط بالرهن طلب الدين وحبسه به اي
حبس الراهن بالدين وحبس رهنه بعد فسخ عقده حتى يقبض دينه
او يبريه لو فسخا الرهن لا ينفسخ ما دام في يده حتى كان له ان يمنعه
بعد الفسخ حتى يستوفي دينه ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك
قبله بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحسانا لانه
لم يبق رهنا لان بقاءه رهنا باعتبار القبض والدين فاذا
فات احدهما لم يبق رهنا كذا في التبيين لا الانتفاع به باستخدام
ولا سكنى ولا لبس ولا اجارة ولا اعارة وهو متعد لو فعل ولا للراهن
الرهن به اي بالتعدي واذا طلب دينه امر باحضار رهنه

فان احضر سلم كل دينه اولا ليتعين حق المرتهن في الدين كما
حق الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن
ثم رهنه وان طلب في غير بلد العقد ان هذه للوصل وفي قوله
ان لم يكن للرهن مؤنة حمل للشرط وان كان اي وان كان
للرهن مؤنة الحمل سلم دينه بلا احضار رهنه ولا يكلف مرتهن
طلب دينه احضار رهن وضع عند عدل يعني بامر الراهن
ولا ثمن رهن باعه المرتهن بامره ولم يقبضه انما قال هذا لانه
ان قبض الثمن يكلف باحضاره ولا مرتهن معه رهنه تمكينه من بيعه
حتى يقضي دينه او يبرئه اي لا يكلف مرتهن معه الرهن ان يمكن
الراهن من بيع الرهن ثم ان هذا الحكم منتف عند احد الامرين
المذكورين لا بعينه ولا من قضى بعض دينه او ابراه اي ابراء
بعض دينه تسليم بعض رهنه حتى يقبض البقية او يبرئها اعتبارا
بالمبيع ولا يبيع الراهن ولا المرتهن يعني الرهن الا برضى الآخر فاي
باعه بلا اذن صاحبه توقف البيع على اذنه وله حفظه بنفسه وعياله
كما في الوديعة وضمن بحفظه بغيرهم وايداعه وتعديه وجعله خاتم
الرهن في خنصره لا بجعله في اصبع آخر الا اذا كان المرتهن امرأة
فتضمن لان النساء تلبس كذلك فيكون من باب الاستعمال كذا
في التبيين وعليه مؤن حفظه ورده الى يده او رد جزء
منه كاجرة بيت حفظه وحافظه واما جعل الآبق ومداواة

الجرح فمنقسم على المضمون والامانة اي على المرتهن مؤنة الحفظ
كاجرة بيت الحفظ واجرة الحافظ وكذا مؤنة رده الى يد المرتهن
ان خرج من يده كجعل الآبق فهو على المرتهن ان لم يكن قيمة الرهن
اكثر والا فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة لانه
امانة في يده وهذا بخلاف اجرة بيت الحفظ فان تمامه على المرتهن
وان كانت قيمة المرهون اكثر من الدين لان وجوب ذلك
بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له وعلى الراهن مؤن تبقيته
واصلاح منافعه كنفقة رهن وكسوته واجر راعيه وظئر ولده
الراهن وسقي البستان والقيام بامور سواء كان في الرهن
فضل او لم يكن

باب ما يصح رهنه والرهن به او لا يصح

لا يصح رهن مشاع لعدم كونه مميزا وثمرة على نخل دونه
وزرع ارض ونخل ارض دونها لما ذكر ايضا وفي الثمرة
علة اخرى نبهت عليه فيما سبق وكذا عكسهما اي لا يصح
رهن نخل بدون ثمر وارض بدون زرع او نخل لما مر فان
الاتصال يقوم بالطرفين قال في التحفة وكذا اذا رهن الزرع
دون الارض او الارض دون الزرع لان المرهون متصل
بما ليس برهن فالفرق بينهما من قلة التمييز وعن ابي حنيفة
ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت
فيكون استثناء الاشجار بمواضعها ولو رهن النخيل بمواضعها

جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ورهن الحر والمدبر
والمكاتب وام الولد لما ذكرنا لا يجوز رهنه اراد ان يذكره
الا يجوز الرهن به فقال ولا بالامانات كالوديعة والمستعار
ومال المضاربة والشركة والدرك صورته باع زيد من عمرو
دارا فرهن بكر عند المشتري شيئا بما يدركه من هذا المبيع وكذا
لو رهن شيئا بما ذاب له على فلان لا يجوز ولا بعين مضمونة بغيرها
المراد ان لا يكون مضمونة بالمثل او بالقيمة كمبيع في يد البايع
لانه اذا هلك لم يضمن البايع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حقه
ولا بالكفالة بالنفس اي كفل بنفس رجل فرهن بها شيئا
ليسلمها ولا بالقصاص اي وجب عليه القود في النفس وما دونها
فرهن شيئا كيلا يمتنع من الواجب وبالشفعة اي رهن البايع
او المشتري شيئا عند الشفيع ليسلم الدار بالشفعة وانما لا يجوز
في هذه الصور لا لعدم الدين لما عرفت انه ليس بشرط بل
لعدم امكان اخذ الحق الواجب من المرهون وباجرة النائحة
والمغنية وبالعبد الجاني والمديون لانه غير مضمون على المولى
فانه لو هلك لا يجب عليه شيء واذا لم يصح الرهن في هذه الصور فللراهن
ان ياخذ المرهون من المرتهن ولو هلك المرهون في يد المرتهن
قبل الطلب هلك بلا شيء اذ لا حكم للباطل فبقي القبض باذن
المالك ولا رهن خمر وارتهانها من مسلم او ذمي لمسلم اي

لا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنها من مسلم او ذمي ولا ان ير
تهنها ذميا وفي عكسه الضمان اي ان رهن المسلم من ذمي
خمرا فهلكت في يده لا يضمن للمسلم شيئا وان رهن الذمي من المسلم
خمرا فهلكت في يد المسلم يضمنها للذمي لانها مال متقوم في حق
الذمي دون المسلم وصح بعين مضمونة بالمثل او بالقيمة
فان قلت فما وجه قول القدوري في المختصر ولا يصح الرهن
الا بدين مضمون قلت وجهه ما في الهداية ان الموجب
الاصلي في ضمان الاعيان هو القيمة ورد العين مخلص على
ما عليه اكثر المشايخ وهو دين وتوصيفه بالمضمون مع ان
الدين لا يكون الا كذلك للاشارة الى السبب المجوز للرهن
على ما ذكر في شرح الزاهدي كالمغصوب وبدل الخلع والمهر
وبدل الصلح عن دم عمد لان الضمان متقرر فانه ان كان
قائما وجب تسليمه وان كان هالكا وجب مثلا او قيمة فكان
رهنا لما هو مضمون فيصح وبالدين ولو موعودا بان رهن
ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن عليه بما وعد اي ان هلك
في يد المرتهن فللراهن على المرتهن المقدار الذي وعد اقراضه
هذا اذا لم يكن الدين اكثر من القيمة وان كان اكثر فلا يكون مضمونا
بالدين بل بالقيمة وانما لم يذكر هذا القسم لان الظاهر ان
لا يكون الدين اكثر من قيمة الرهن وان كان على سبيل

النذرة لحكمه يعلم مما سبق فاعتمد على ذلك وبرأس مال السلم وثمن
الصرف والمسلم فيه خلافا لزفر فان هلك يعني قبل الافتراق
احد الاولين انما قال هذا لان التفصيل الآتي ذكره لا يأتي
في الرهن بالمسلم فيه فيصح مطلقا فان هلك الرهن يصير مستوفيا
للمسلم فيه فلا يبقى السلم في المجلس فقد اخذ اى قد استوفى
المرتهن حقه وان افترق قبل نقد وهلك اى قبل نقد المرهون
به وقبل هلاك المرهون بطلا اى بطل السلم والصرف ورهن
المسلم فيه رهن ببدله اذا فسخ اى يكون لرب السلم ان يحبس
الرهن حتى يقبض رأس المال وهلك رهنه بعد الفسخ هلك به
اى لو هلك الرهن بالمسلم فيه بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه
اى يكون على رب السلم ان يرد على المسلم اليه مقدار طعام
المسلم فيه لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره كمن باع
عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان
لا يأخذ المبيع لان الثمن بدله وبدين عليه عبد طفله اى صح
الرهن بدين على الاب عبد طفله وقال ابو يوسف وزفر لا يصح اعتبارا
لحقيقة الايفاء وهو القياس ووجه الاستحسان ان في حقيقة الايفاء
ازالة ملك الصغير بلا عوض في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله
مع بقاء ملكه وبثمن عبد او خل او ذكية ان ظهر العبد حرا والخل
خمرا والذكية ميتة فالرهن مضمون في هذه الصور اى ان هلك

وقيمته مثل الدين او اكثر يؤدي قدر الدين الى الراهن وان كان
اقل منه يؤدي القيمة اليه لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وببدل
صلح عن انكار ان اقر ان لا دين صالح مع انكار ورهن ببدل
الصلح شيئا ثم تصادقا على ان لا دين فالرهن مضمون كما ذكر
ورهن الحجرين والمكيل والموزون فان رهن بجنسه فهلك بمثله
قدرا تمييز من مثله اى يعتبر المماثلة في القدر وهو الوزن والكيل و
من دينه اذا كان الدين زائدا فاذن علم الحكم في هذه
الصورة يعلم في صورة المساواة وصورة الزيادة على الدين
لما عرفت ان الفضل امانة ولا عبرة للجودة لانه يصير مستوفيا
باعتبار الوزن دون القيمة عنده وعندهما يضمن القيمة
من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ومن شرى على ان يرهن
شيئا او يعطي كفيلا بعينهما انما قال هذا لانه لو لم يكن الرهن
او الكفيل معينا يفسد البيع من ثمنه وان صح استحسانا
والقياس ان لا يجوز لانه صفقة في صفقة ووجه الاستحسان
انه شرط ملائم لان الكفالة والرهن للاستيثاق وهو يلائم
الوجوب ولا يجبر على الوفاء لانه لا جبر على التبرعات وقال زفر
يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار من حقوقه كالوكالة
المشروطة في الرهن فيلزم بلزومه وللبائع فسخه لانه وصف
مرغوب فيه وما رضي البائع الا به فيتخير بفواته الا اذا سلم ثمنه

حالا لحصول المقصود او قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء
يثبت على المعنى وهو القيمة وان قال البائع امسك هذا اى
اعطى المشترى البائع شيئا غير مبيعه وقال امسك هذا حتى اعطى
ثمنك فهو رهن لانه تلفظ بما هو ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس
الى وقت الاعطاء والعبرة للمعانى وقال زفر لا يكون رهنا
وهو رواية عن ابى يوسف وان رهن عينا من رجلين
بدين لكل منهما صح وكلها رهن من كل منهما اى يصير كله محبوسا
بدين كل واحد منهما لان نصفه يكون رهنا عندهما ونصفه
عند ذاك وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابى حنيفة
لان الاول لا يقبل الوصف بالتجزى بخلاف الهبة فان قضى دين
احدهما فكله رهن للآخر تفريع على ما سبق واذا تهايا فكل
فى نوبته كالعدل فى حق الآخر ولو هلك ضمن كل حصته فان
عند الهلاك يصير كل مستوفيا حصته والاستيفاء مما يتجزى
وان رهنا رجلا بدين عليهما صح بكل الدين ويمسكه الى قبض الكل
لان قبض الرهن حصل فى الكل من غير شيوع وبطل حجة كل منهما
انه رهن هذا منه وقبضه لانه لا يمكن القضاء لكل واحد منهما
ولا لاحدهما لعدم الاولوية ولا القضاء لكل بالنصف لانه يؤدى
الى الشيوع فتعين التهاتر ولو مات راهنه والرهن معهما فبرهن
كل كذلك كان مع كل نصفه رهنا بحقه هذا عندهما وهو استحسان

وعند ابى يوسف هذا باطل اعتبارا بما فى الحيوة وجه الاستحسان
ان حكمه فى الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع
فى الدين والشيوع لا يضره باعه وصيه اى باع وصى الراهن الرهن
بعد موته باذن المرتهن وقضى دينه كما اذا كان الراهن حيا فله
البيع باذن المرتهن فكذا هنا

باب رهن عند عدل

يتم الرهن بقبض عدل بشرط وضعه عنده وقال زفر وابن ابى ليلى
لا يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع عليه اذا استحق الرهن
فانعدم القبض ولنا ان يده يد المالك فى الحفظ لكون العين
امانة ويد المرتهن فى حق المالية لان يده يد الضمان والمضمون هو
المالية فينزل منزلة شخصين ولا اخذ لاحدهما منه وضمن لو دفع الى
احدهما وهلكه معه هلك رهنا فان وكل العدل او غيره ببيعه اذا حل
اجله صح فان شرط اى التوكيل فى الرهن لا ينعزل بالعزل ولا بموت
الراهن او المرتهن وينقض بموت الوكيل سواء كان الوكيل
المرتهن او العدل او غيرهما واذا مات الوكيل لا يقوم وارثه ولا وصيه
مقامه وعن ابى يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه وله بيعه
بغيبة ورثته اى للوكيل بيع المرهون بغيبة ورثة الراهن
وان حل اجله وراهنه غائب اجبر الوكيل على بيعه كوكيل بالخصومة
غاب موكله وابا ما اى ابى ان يخاصم فانه يجبر عليها والجامع بينهما
ان فى الامتناع فيهما ابطال حقهما وكيفية الاجبار ان يحبسه اياما

يسعه فان لج بعد ذلك فالقاضي يبيعه عليه كذا في التبيين
وكذا لو شرط بعد الرهن في الاصح لو لم يكن التوكيل مشروطا في
عقد الرهن وشرط بعده قيل لا يجبر لان التوكيل لم يصر وصفا
من اوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات وقيل
يجبر كيلا يتوى حقه وهذا اصح رواية ودراية اما الاول فلانه
روي عن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد نصا
ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير والاصل واما دراية
فلان مبنى القول الآخر على التعليل بالعدم وهو غير مقبول
فان باعه العدل فالثمن رهن فهلكه كهلكه فان اوفى ثمنه المرتهن
فاستحق اي الرهن ففي الهالك اي اذا هلك الرهن في يد المشتري
ضمن المستحق الراهن قيمة الرهن لانه غاصب وصح البيع والقبض
لان الراهن ملكه باداء الضمان او العدل لانه متعد بالبيع
والتسليم ثم هو الراهن او المرتهن ثمنه وهو له اي العدل الخيار
اما ان يضمن الراهن القيمة وح صح البيع وقبض الثمن واما
ان يضمن المرتهن الثمن الذي اداه اليه ويكون ذلك الثمن له
ورجع المرتهن على راهنه بدينه وفي القائم اخذه اي المستحق
المرهون من مشتريه ورجع هو على العدل بثمنه ثم هو على الراهن
وصح القبض اي قبض المرتهن الثمن او على المرتهن بثمنه ثم هو على
الراهن بدينه اي العدل بالخيار اما ان يرجع على الراهن بالثمن

وح صح قبض المرتهن الثمن واما ان يرجع على المرتهن ثم ان المرتهن
يرجع على الراهن بدينه وان لم يشترط التوكيل في الرهن رجع العدل
على الراهن فقط قبض المرتهن ثمنه او لا كما اذا باع العدل
بامر الراهن وضاع الثمن في يده بلا تعد منه ثم استحق المرهون
وضمن العدل

باب التصرف والجناية في الرهن

وقف بيع الراهن رهنه فان اجاز مرتهنه او قضى دينه نفذ وصار
ثمنه رهنا في الاول وان لم يجزه وفسخ لا ينفسخ في الاصح
اذا فسخ المرتهن ينفسخ في رواية عن ابي يوسف وفي ظاهر
الرواية لا ينفسخ لان الرهن تعلق به حق المرتهن وفي البيع ابطال
حقه فلا ينفذ وهو الاصح وصبر المشتري يعني هو مخير ان شاء
صبر الى فك الرهن او رفع الى القاضي ليفسخ اي البيع وهذا
اذا اشتراه ولم يعلم انه رهن وصح اعتاقه وتدبيره واستيلاده
ورهنه فان فعلها غنيا قضى دينه حالا اخذ دينه وفي مؤجله
قيمته للرهن بدله الى محل اجله اي اخذ قيمته لاجل ان يكون رهنا
عوضا عن المرهون الى زمان حلول الاجل لان سبب الضمان
متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه
اذا كان جنس حقه ورد الفضل وان فعلها معسرا ففي العتق
سعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين لانه لما تعذر للمرتهن
استيفاء حقه من الراهن يأخذه ممن ينتفع بالعتق والعبد

انما ينتفع بالعتق بمقدار ماليته فلا يسعى فيما زاد على قيمته من الدين
ورجع على سيده غنياً لانه قضى دينه وهو مضطر بحكم الشرع
فيرجع عليه بما تحمل عنه وفي اختيه اي في التدبير والاستيلاد
سعى في كل الدين ولا رجوع لان كسب المدبر وام الولد
ملك المولى واتلافه اي اتلاف الراهن رهنه كاعتاقه
غنياً اي ان كان الدين حالاً اخذ منه كل الدين وان كان
موجلاً اخذ قيمته ليكون رهناً الى زمان حلول الاجل واجنبي
اتلفه ضمنه مرتهنه وكان اي ما ضمنه رهناً معه ورهن اعار
مرتهنه راهنه الاعارة في الآية على حقيقتها دون ههنا لانه
تمليك المنافع بغير عوض ولم يوجد ذلك من المرتهن فلا بد من
المصير الى المجاز او احدهما باذن صاحبه آخر سقط ضمانه
فهلكه مع مستعيره هلك بلا شيء ولكل منهما ان يرده رهناً وان
مات الراهن قبل رده فالمرتهن احق من الغرماء لان حكم الرهن
باق فيه لان يد العارية ليست بلازمة وكونه غير مضمون لكن
لا يدل على انه غير مرهون فان ولد المرهون مرهون غير مضمون
ومرتهن اذن باستعمال رهنه او استعاره من راهنه ليعمل
ان هلك قبل عمله او بعده اي بعد الفراغ عن العمل ضمن كالرهن
ولو هلك حال عمله لا وصح استعارة شيء ليرهن فيرهن بما شاء
وان قيد تقيد بما عين من قدر وجنس ومرتهن وبلد

وان

وان خالف ضمن المعير مستعيره ويتم رهنه بينه وبين مرتهنه
واياه الضمير راجع الى المرتهن ومعطوف على المستعير ورجع
هو بما ضمن وبدينه على راهنه وان وافق وهلك مع مرتهنه
صار مستوفياً كل دينه ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر
وضمن مستعيره في الصورتين ما اوفاه منه لا القيمة لانه
قد وافق فليس بمتعد او بعض دينه ان كانت اقل وباقيه على
راهنه ويضمن المستعير ايضاً قدر ما اوفاه من الدين
ولا يمنع المرتهن اذا قضى المعير دينه وفك رهنه لانه ساع
في تخليص ملكه ويرجع على الراهن بما ادى لانه غير متبرع لما ادى
ولو هلك مع الراهن قبل رهنه او بعد فكه لا يضمن وان استخدمه
او ركبه من قبل لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فلا يضمن
خلافاً للشافعي وجناية الراهن على الرهن مضمونة وجناية
المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها وجناية الرهن عليهما
وعلى مالهما هدر وقالا جناية الرهن على المرتهن معتبرة لانها حصلت
على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو الدفع بالجناية فان شاء
الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفع بالجناية الى المرتهن
وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله له ان الجناية
حصلت في ضمان المرتهن فعليه تخليصه فلا يفيد وجوب الضمان
لمع وجوب التخليص عليه وصاحب الحقائق وضع المسئلة في

مرهون جميعه مضمون ثم قال واجمعوا ان العبد اذا كان
نصفه مضمونا ونصفه امانة بان كان قيمته ضعف الدين
فان جنايته على المرتهن معتبرة فيقال للراهن ان شئت فادفعه
وان شئت فافده فان دفعه وقبل المرتهن بطل الدين كله
وصار العبد كله للمرتهن وان اختار فداءه فنصف الفداء
على الراهن ونصفه على المرتهن فما كان حصة المرتهن سقط وما كان
حصة الراهن تفدى والعبد رهن على حاله ومن رهن
عبدا يعدل الفا بالف مؤجل فصارت قيمته مائة فقتله رجل
وغرم مائة وحل اجله قبض مرتهنه المائة من حقه وسقط
باقيه لان نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا
لزفر فاذا كان الدين باقيا ويد المرتهن يد الاستيفاء
فيصير مستوفيا للكل من الابتداء وان باعه بامره اى باع
المرتهن الرهن بامر الراهن بالمائة بعد ما صار قيمته مائة وقبض
ثمنه رجع بما بقى لان الدين لم يسقط بنقصان السعر لان نقصانه
ليس هلاكا لاحتمال العود على ما كان واذا كان الدين
باقيا وقد امر الراهن ان يبيعه بمائة يكون البيع فى ذمته
وان قتله عبد يعدل مائة فدفع به فكه بكل دينه اى يجبر الراهن
على افتكاكه بالدين لان التغير لم يظهر فى نفس العبد لان الثانى
قام مقام الاول فكانه تراجع سعره الى مائة هذا قولهما وقال محمد

هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء تركه على المرتهن بالدين
لانه تغير فى ضمان المرتهن فاوجب التخيير وقال زفر يصير رهنا
بمائة لان يد المرتهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه
اخلف بدلا بقدر العشر فبقى الدين بقدره وان جنى الرهن خطأ
فداه مرتهنه ولم يرجع على الراهن لان الجناية حصلت فى ضمان
المرتهن ولا يملك الدفع لان المرتهن غير مالك فان ابى دفعه
الراهن او فداه اى ابى المرتهن ان يفدى قيل للراهن ادفع
العبد او افده عنه وسقط الدين اى بكل منهما ثم ان الدين
انما يسقط بتمامه اذا كان اقل من قيمة الرهن او مساويا
لها واما اذا كان اكثر يسقط من الدين مقدار قيمة العبد
ولا يسقط الباقى وانما لم يذكر فى المتن هذا لان الظاهر ان لا يكون
الدين اكثر من قيمة الرهن **فصل** عصير قيمته عشرة رهن بعشرة
فتخمر وتخلل وهو يساويه اى يساوى الخل العصير فى القدر
لم يقل يعدلها اى بعدل العشرة لانه على ما ذكر فى التبيين يشير
الى ان المعتبر فى الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك
بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما كيلى
او موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من
الدين وانما يوجب الخيار لان الفائت مجرد الوصف وفوات
شئ من الوصف فى المكيل والموزون لا يوجب سقوط شئ

من الدين بالاجماع من الصحابة فيكون الحكم فيه ان انتقص شئ
من القدر سقط بقدره من الدين والا فلا . بقي رهنه
الاصل ان ما هو محل للبيع محل للرهن وما ليس محلا للبيع ليس محلا
للرهن والخمر ليس محلا للبيع ابتداء لكن محل له بقاء فكذا للرهن .
وشاة قيمتها عشرة رهنت بها فماتت فدبغ جلدها فعدل
درهما فهو رهن . ونماء الرهن كولده ولبنه وصوفه وثمره
لراهنه وهو رهن مع اصله ويهلك بلا شئ . فانه لم يدخل
تحت العقد مقصودا . وان هلك اصله وبقي هو فك بقسطه
يقسم الدين على قيمته يوم فكه وقيمة اصله يوم قبضه ويسقط
حصة اصله وفك بقسطه . كما اذا كان الدين عشرة وقيمة
الاصل يوم القبض عشرة وقيمة النماء يوم الفك خمسة فثلثا
العشرة حصة الاصل فيسقط وثلث العشرة حصة النماء فيفك به .
والزيادة في الرهن تصح وفي الدين لا . معناه لا يصير الرهن
رهنا بالدين المزيد به عندهما وعند ابي يوسف يجوز الزيادة
في الدين ايضا لان الدين بمنزلة الثمن والزيادة في الثمن
يجوز ولهما ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن
فلا يجوز وقال زفر والشافعي لا يجوز فيهما كما لا يجوز في البيع
والثمن عندهما وقد مر في البيوع . وان رهن عبدا يعدل
الفا بالف فدفع عبدا كذلك رهنا بدل الاول فهو اي الاول

رهن

رهن حتى يرده الى راهنه والمرتهن امين في الآخر حتى يجعله
مكان الاول . بان يرد الاول الى الراهن فحينئذ يصير الآخر مضمونا .
ولو ابرأ المرتهن راهنه عن دينه او وهبه منه فهلك الرهن
اي في يد المرتهن هلك بلا شئ . هذا استحسان وفي القياس هلك
بالدين وهو قول زفر . ولو قبض المرتهن دينه او بعضه من راهنه
او غيره . اي بايفاء غيره متطوعا . او شرى بالدين عينا
او صالح عنه على شئ . لانه استيفاء . او احال الراهن مرتهنه
بدينه على آخر ثم هلك رهنه معه هلك بالدين ورد ما قبض الى
من ادى وبطلت الحوالة . لانه في معنى الابراء بطريق الاداء
الا انه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه ويرجع
عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل .
وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك هلك بالدين .
لتوهم وجوب الدين بالتصادق على عدم قيامه فيكون الجهة
باقية بخلاف الابراء وقاس زفر المسئلة الخلافية على هذه
الصورة ووجه الاستحسان هو الفرق بينهما وهو ان الابراء
يسقط الدين اصلا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب
الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة
مثله فاما ما هو في نفسه قائم فاذا هلك تقرر الاستيفاء
الاول فانتقض الاستيفاء الثاني .

كتاب الجنايات

هي في اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر اكتسبه وفي الشرع
اسم لفعل محرم سواء كان في مال او نفس لكن في عرف الفقهاء
يراد باطلاق اسم الجناية فعل محرم في النفس وفي الاطراف
ذكره في التبيين اعلم ان القتل على خمسة اوجه عمد
وشبه عمد وخطاء وما اجري مجري الخطاء والقتل بسبب
والمراد به قتل يتعلق به الاحكام من القصاص والدية والكفارة
وحرمان الارث والاثم هذا تقسيم الشيخ ابي بكر الرازي
وذكر محمد في الاصل انه على ثلثة اوجه عمد وشبه عمد وخطاء
القتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب
وحجر وليطة هما عنده وعندهما وعند الشافعي ضربه قصدا
بما لا يطيقه البنية حتى ان ضربه بحجر عظيم او خشب عظيم فهو عمد
وبه ياثم ووجب القود عينا وعند الشافعي في احد قوليه موجب
العمد شيئان القصاص والدية وولي القتيل بالخيار يستوفي
ايهما شاء وعلى هذا القول اذا قال عفوتك عن القصاص
كان له المطالبة بالدية وفي قوله الآخر موجبه القصاص لاغير
الا ان لوليه ان يسقطه بالدية رضي به القاتل او لم يرض
وعلى هذا القول يكون الدية بدلا عن القصاص فلو قال عفوتك
عن القصاص ولم يقل بالدية يسقط مجانا ولا يكون له المطالبة
وعندنا موجبه القصاص لاغير ولا يصير مالا بالتراضي من الجانبين

وحتى يكون صلحا سواء كان بمثل الدية او اكثر كذا في الحقائق
لا الكفارة خلافا للشافعي فانه يقول لما وجبت في الخطاء فاولى
ان تجب في العمد ونحن نقول ان قتل العمد كبيرة محضة وفي الكفارة
معنى العبادة فلا يناط بها وشبه العمد ضربه قصدا بغير
ما ذكر يعني بما ليس بسلاح ولا في معناه في تفريق الاجزاء
حجرا كان او خشبا صغيرا كان او كبيرا وعندهما ضربه قصدا
بما لا يطيقه البنية وفيه الاثم والكفارة ودية مغلظة
على العاقلة سيأتي تفسير الدية المغلظة وتفسير العاقلة
باذن الله تعالى بلا قود وهو اي ضربه قصدا بغير ما ذكر
فيما دون النفس عمد اي موجب للقصاص فليس فيما دون
النفس شبه عمد وفي الخطاء ولو على عبد انما قال هذا لان
المتبادر الى الوهم من كون العبد مالا ان يكون ما ذكر من
قبيل ضمان الاموال فلا يكون على العاقلة قصدا كرميه اي
كالقتل برميه مسلما ظنه صيدا او حربيا وفعلا كرميه غرضا
فاصاب آدميا الخطاء على نوعين خطاء في القصد كما
اذا رمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا
فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل كما اذا رمى غرضا فاصاب
آدميا كذا في الهداية وقال في المحيط لو رمى رجلا فاصاب
حائطا ثم رجع السهم فاصاب الرجل فهو خطاء لانه اخطاء

في اصابة الحائط ورجوع السهم مبني على اصابة الحائط لا على
الرمي من السابق لانه آخر السببين والحكم يضاف الى آخر
الاسباب وجودا ولا يذهب عليك ان هذا من قبيل الخطاء
في العقد فلا بد من تعميمه لمثل هذا ومن قال في الخطاء في الفعل
ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكأنه
زعم انه شرط في الخطاء في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي
قصده بل يصدر فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى غرضا
فاصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب
رجلا يتحقق الخطاء في الفعل والشرط المذكور مفقود في
الصورتين ثم انه اخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه
وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة او لبنة
فقتل رجلا يتحقق الخطاء في الفعل ولا قصد فيه وما جرى
مجراه كنائم سقط على آخر فقتله اي كقتل نائم سقط على آخر فهلك
ذلك الشخص بسبب سقوطه عليه كفارة ودية على عاقلته لا اثم
في وجهي الخطاء قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى
عن الاثم حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت اذ شرع
الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى كذا في الهداية وانما
قال يؤذن ولم يقل يدل لان ستر الاثم حكمة الكفارة وليس
من شرط الحكمة الاطراد بحسب الافراد على ما مر في مسئلة الاستبراء

وفي القتل بسبب كتلفه اي كاتلافه بوضع حجر او حفر بئر في
غير ملكه بغير اذن من السلطان ذكره في شرح الطحاوي
دية على العاقلة بلا كفارة ولا حرمان ارث خص نفي الحرمان
بهذا النوع لان في سائر الانواع يوجد الحرمان اذا كان الجاني
مكلفا وقال الشافعي تجب الكفارة ويثبت الحرمان هنا
ايضا الحاقا له بالخطاء وقلنا القتل معدوم حقيقة وانما
الحق بالخطاء في حق الضمان فبقي في غيره على اصله

باب ما يوجب القود وما لا يوجب

هو يجب بقتل ما حقن
دمه ابدا عمدا وهو المسلم والذمي بخلاف المستأمن فان
حقن دمه موقت الى رجوعه فيقتل الحر بالحر وبالعبد
خلافا للشافعي فانه يقول لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى
الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل
حر بعبد ولنا قوله تعالى ان النفس بالنفس وقوله تعالى الحر بالحر
لا يدل على النفي فيما عداه لانه تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه
ولو صح هذه الدلالة لدل قوله تعالى والانثى بالانثى على ان
لا يقتل الذكر بالانثى مع انه يقتل بها بالاجماع واما النقض
بان موجب ما ذكر من العمل بالمفهوم ان لا يقتل العبد بالحر لقوله تعالى
العبد بالعبد فغير وارد لانه يثبت ذلك بدلالة قوله تعالى
الحر بالحر وقوله تعالى والعبد بالعبد والعمل بالمفهوم مشروط

عند القائلين به بعدم معارضته ولانه نص والمسلم بالذمي
خلافا للشافعي لانهما مستامن هذا التصريح بما يدل عليه قوله
ابدا على انه نعت عليه بل هو بنده اي يقتل المستامن بمثله
قياسا للمساواة لا استحسانا لقيام المبيح والعاقل بالمجنون
والبالغ بالصبي والسالم بالاعمى لم يقل والصحيح بالاعمى لان
المفقود في الاعمى هو السلامة دون الصحة ولذلك
احتيج الى ذكر سلامة العين بعد ذكر الصحة في باب الجمعة
والزمن وناقص الاطراف والرجل بالمراة والفرع باصله
ولا سيد بعبده ومدبره ومكاتبه وعبد ولده وعبد
بعضه له ولا بعبد الرهن حتى يجتمع عاقداه لان المرتهن
لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين
فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه ولا بمكاتب
قتل لا حاجة لذكر قيد العمد لما علم انه شرط في القصاص مطلقا
عن وفاء ووارث وسيد وان اجتمعا لانه اشتبه من له
الحق لان المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر
الاختلاف بين الصحابة في موته على نعت الحرية والرق وان
لم يدع وارثا غير سيده سواء كان ترك وفاء او لا او لم يدع
وفاء افاد سيده خلافا لمحمد في اولى الصور الاربع ويسقط
قود ورثه على اصله لان الفرع لا يستوجب العقوبة على اصله وصورته

المسئلة فيما اذا قتل الاب اخا لامراته وليس له وارث غيرها ثم مات
امراته قبل ان يقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذي
على ابيه فسقط لما ذكرنا ولا يقاد الا بالسيف خلافا للشافعي
والخلاف بيننا وبينه في موضعين احدهما ان القود هل يستوفى
بدون السلاح ام لا والثاني هل يفعل بالقاتل مثل ما فعل بالمقتول
ام لا والثاني يفارق الاول فيما اذا قطع يده فمات منه فانه
يجز رقبته القاتل عندنا وعنده يقطع يده فان لم يمت منه يجز رقبته
فان في الصورة الثانية تحقق الخلاف الثاني دون الاول والمذكور
في المتن هو الاول ومن لم يفرق بين الخلافين ذكر الخلاف الثاني
في مقام الاول ثم ذكر دليلنا على الخلافية الاولى وهو قوله
عليه السلام لا قود الا بالسيف فقد رسى على كند الخطا في الموضعين
ويقيده ابو المعتوه قاطع يده وقاتل مورثه ويصالحه اذا
صالح على قدر الدية او اكثر منه وان صالح على اقل منه لا يجب الدية
كاملة ولا يعفو لان فيه ابطال حقه وللوصي الصلح فقط
اي ليس له العفو لما مر ولا القتل الا لان المقصود التشفي وهو
مختص بالاب لما سيأتي ان للقاضي ولاية القتل بل لان له ولاية
على نفسه وهذا من قبيله واما استيفاء القصاص في الطرف
فقالوا القياس ان لا يملكه الوصي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال والصبي كالمعتوه والقاضي كالاب

في الصحيح الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان
والقاضي بمنزلته فيه ويستوفي الكبير قبل كبر الصغير قودا لهما
وقالا ليس له ذلك حتى يدرك الصغير لان القصاص
مشترك بينهما ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفاء
الكل ابطال حق الصغير فيؤخر الى ادراكه كما اذا كان بين كبيرين
واحدهما غائب وله انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو
القرابة فيثبت لكل كملا كما في ولاية الانكاح واحتمال العفو من
الصغير منقطع بخلاف الكبير الغائب ويقتص في جرح جعل المجروح
ذا فراش حتى مات ويثبت ذلك اي اصل الجرح ووصفه
عيانا او بحجة وفي قتل بحد مر المر بالفارسية كلنك او بظهره
ان جرح في الاصح في رواية الاصل وهو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة
لا فرق بين حده وظهره وهو قولهما وفي رواية الطحاوي
وهو الاصح اعتبر الجرح في وجوب القود اذا اصابه بظهره
واما انه لا قود ان اصابه بظهره وان جرحه فليس بعمد وفي
لا في قتل بعود به قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة وفيه خلافهما
وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي او مثقل او خنق
او تغريق خلافا لهما والشافعي او سوط والى في ضربات
خلافا للشافعي ولا في قتل مسلم مسلما ظنه مشركا عند التقاء
الصفين تما ذكره مع انفهامه مما تقدم من قوله كرميه مسلما

ظنه حربيا البيان موجبه وهو الذي ذكره بقوله بل يكفر
ويدي اي يعطي الدية قالوا هذا اذا اختلطوا فان كان في صف
المشركين لا يجب شيء لسقوط عصمته بتكثير سوادهم وفي موت
بفعل نفسه وزيد وسبع وحية ثلث الدية على زيد لان
فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا
والآخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا
في الآخرة حتى يأثم به وفعل زيد معتبر في الدنيا والآخرة
فصارت ثلثة اجناس فيكون التالف بفعل زيد ثلثه
ولا يذهب عليك ان موجب هذا التعليل ان يعتبر في
المقتول قيد التكليف حتى يكون فعله جنسا آخر غير جنس
فعل الاسد والحية ثم ان مقتضاه ان لا يزيد على الثلث
ما يجب على القاتل ولو كان متعددا لان فعل الكل جنس
واحد ويجب دفع من شهر سيفا على المسلمين ولو بقتله
ان لم يمكن دفع ضرره الا به قال في الهداية قوله وعليهم
وقول محمد في اصل الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه
اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر فان لم يمكن
غير القتل واجبا كان محتملا ان يكون القتل موجبا للضمان
فنفاه بقوله ولا شيء بقتله ان كان مكلفا ولا في من شهر
سلاحا على رجل ليلا او نهارا في مصر او غيره لان السلاح غير ملبث

او شهر عصا عليه ليلاً في مصر او نهاراً في غيره فقتله المشهور عليه
لان العصا وان ملبثا ففي الليل لا يلحقه الغوث في لو في
المصر وكذا في النهار في غير المصر ولا على من تبع سارقه
المخرج سرقته ليلاً فقتله مضطراً بان لم يمكن الاسترداد الا به
لقوله عليه السلام قاتل دون ماله وكذا اذا قتله قبل الاخذ
اذا قصد اخذ ماله ولم يمكن من دفعه الا بالقتل وكذا اذا
دخل رجل دار رجل بالسلاح فغلب على ظن صاحب الدار انه
جاء لقتله يحل قتله وقتل بقتل من شهر عصا نهاراً اي في مصر لان
العصا ملبث والظاهر لحوق الغوث نهاراً في المصر فلا يفضي
الى القتل غالباً وبقتل من شهر سيفاً فضرب ولم يقتل فرجع
ثم قتل سواء قتله المشهور عليه وغيره لانه اذا ضرب ولم يقتل
ورجع عادت عصمته فاذا قتل بعد ذلك فقد قتل معصوماً
فعليه القصاص وتجب الدية بقتل مجنون او صبي شهر سيفاً
على رجل فقتله هو اي المشهور عليه عمداً في ماله اي تجب الدية
في ماله لان العاقلة لا تحمل العمد والقيمة اي تجب القيمة في قتل
جمل صال عليه لانه قتل شخصاً معصوماً او اتلف مالاً معصوماً
حقاً لمالك معصوم وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا
فعلهما وان كان عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح الا انه لا يجب
القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية وعن ابي يوسف



انه يجب الضمان في الدابة لا في الصبي والمجنون لان عصمتهما
لحقهما فيسقط بفعلهما وعصمة الدابة لحق صاحبها ولا يسقط
بفعلها وقد مر الاشارة الى الجواب عن هذا وعند الشافعي لا يجب الضمان
في شيء اصلاً لانه قتل لدفع الشر كما في العاقل البالغ والله
اعلم

باب القود فيما دون النفس

هو فيما يمكن حفظ المماثلة
فقط فيقتص قاطع اليد عمداً من المفصل انما قال هذا احترازاً
عما اذا قطع من نصف الساعد اذ لا يمكن حفظ المماثلة وان كانت
يده اكبر مما قطع كالرجل ومارن الانف فان الرجل اذا قطعت
من المفصل يجب القصاص وفي مارن الانف يجب القصاص
لا في قصبة الانف لعدم امكان حفظ المماثلة فيها والاذن
والعين اذا ضربت فذهب ضوؤها وهي قائمة اي قائمة في مكانها
غير منخسفة قال الزاهدي في شرح القدوري اذا فقئت
العين عمداً فذهب نورها ولم تنخسف ففيها القصاص
بخلاف ما لو انخسفت لتعذر المماثلة فيجعل على وجهه قطن
رطب ويقابل عينه بمرآة محماة ولو قلعت لا قود اذ لا يمكن
رعاية المماثلة وكل شجة تراعى فيها المماثلة كالموضحة وهي
ان يظهر العظم ولا قود في عظم الا السن فتقلع ان قلعت
نص على هذا محمد في الزيادات واشار اليه في الجامع الصغير وبه
اخذ صاحب الكافي وتبرد ان كسرت ولا بين رجل وامرأة

وبين حر وعبد وبين عبدين في الطرف لان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال فينعدم المماثلة بالتفاوت
في القيمة وقال الشافعي يجب القصاص الا اذا قطع الحر طرف
العبد فانه لا قصاص عنده ايضا ● ولا في جائفة برأت ●
لا تجري فيها القصاص لان البرء فيها نادر فالظاهر ان الكا
يفضي الى الهلاك اما اذا لم تبرأ فان كانت سارية يجب
القصاص وان لم تسر ينتظر الى ان يظهر الحال من البرء
او السراية ● واللسان والذكر الا ان يقطع الحشفة ● لان
الانقباض والانبساط تجري فيهما فلا يرعى المماثلة وعن
ابي يوسف ان كان القطع من الاصل يقتص ● وطرف المسلم
والذمي سواء وخير المجني عليه ان كانت يد القاطع شلاء
او ناقصة باصبع او الشجة لا تستوعب ما بين قرني الشاج
وتستوعب ما بين قرني المشجوج ● اي شج رجل رجلا موضحة
حتى وجب القصاص والشجة طولها مقدار شبر مثلا ورأس
المشجوج صغير استوعبت الشجة ما بين قرنيه ورأس الشاج
عظيم لا تستوعب الشجة وهي شبر ما بين قرنيه فالشبر الذي
يلحق المشجوج اكثر مما يلحق الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء
اقتص وان شاء اخذ الارش ● ويسقط القود بموت
القاتل وبعفو الاولياء وبصلحهم على مال قل او جل ويجب حالا ●

اى

اي عند الاطلاق ولا يكون الدية مؤجلا ● ويصلح احدهم
ويعفوه ولمن بقي من الورثة حصته من الدية ● فان
القصاص والدية حق جميع الورثة عندنا خلافا للشافعي
ومالك في الزوجين ● وان صالح بالف وكيل سيد عبد
وحر قتلا بالصلح عن دمهما به ينصف ● اي ان كان القاتل حرا
وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح من دمهما
على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان ● ويقتل
جمع بفرد وبالعكس اكتفاء ان حضر وليهم ● اي يقتل فرد
بجمع ويكتفي بقتله ولا يجب الدية خلافا للشافعي فان عنده
يقتل بالاول ويجب الديات للباقين ان قتلهم على التعاقب وان
قتلهم معا يقرع بين اولياء المقتولين فايهم خرجت قرعته قتل به
ويجب الديات للباقين وذكر في العيون ان في قوله الاخير
يقتل بهم ويقسم باقي الديات بينهم كذا في الحقائق ● وان حضر ولي
لواحد قتل له وسقط حق الباقين عندنا ● ولا يقطع يدان
بيد وان امرا سكينا فقطعت وضمنا ديتها ● وقال
الشافعي يقطع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته
والارش للآخر كذا في المبسوط والمحيط وكثير من الكتب ولنا
ان الانقطاع وقع باعتمادهما على السكين عند الامرار
والمحل متجز فيضاف الى كل واحد البعض بخلاف النفس فان

زهوق الروح غير منجز. وان قطع رجل يمنى رجلين فلهما قطعها
ودية يد فان حضر احدهما وقطع فللآخر الدية. سواء قطعهما
على التعاقب ومعا وعند الشافعي ان قطعهما على التعاقب
او معا يقطع بالاول منهما وللثاني الارش وان قطعهما معا
يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته وللآخر الارش
للآخر. ويقاد عبد اقر بقود. لانه غير متهم فيه لانه مضر به
ولانه مبقي على اصل الحرية في حق الدم وقال زفر لا يصح
اقراره لانه يؤدي الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار
بالقتل خطاء او بالمال. ومن رمى رجلا عمدا فنفذ الى
آخر فماتا يقتص للاول وعلى عاقلته الدية للثاني. لان
الاول عمد والثاني خطاء. ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بهما
في عمدين ومختلفين برء بينهما او لا وخطائين بينهما برء
وكفت دية ان لم يبرأ بين هذين. هذه ثمانية مسائل
لان القطع اما عمدا وخطاء ثم القتل كذا صار اربعة ثم
اما ان يكون بينهما برء او لا يكون صار ثمانية فان كان
كل منهما عمدا فان برأ بينهما يقتص بالقطع ثم بالقتل
وان لم يبرأ فكذا عنده لان القطع ثم القتل هو المشاكل
صورة ومعنى وعندهما يقتل ولا يقطع فيدخل جزاء القطع
في جزاء القتل وان كان كل منهما خطاء فان برأ بينهما اخذ بهما

اي يجب دية القطع والقتل وان لم يبرأ بينهما كفت دية
القتل لان دية القطع انما تجب عند استحكام اثر الفعل وهو
ان يعلم عدم السراية والفرق بين هذين الصورتين
عمدين لا برء بينهما ان الدية مثل غير معقول لا لما لان عدم
وجوبها بخلاف القصاص فانه مثل معقول وان قطع عمدا
ثم قتل خطاء سواء برأ بينهما او لم يبرأ اخذ بالقطع والقتل
اي يقتص بالقطع ويؤخذ منه دية النفس بالقتل وان
قطع خطاء ثم قتل عمدا سواء برأ بينهما او لم يبرأ يؤخذ
الدية للقطع ويقتص للقتل لاختلاف الجنايتين لان احدهما
عمد والآخر خطاء. كما في ضرب مائة سوط برأ من تسعين
ومات من عشرة. لانه لما برأ منها لم تبق معتبرة في حق الارش
وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك
كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة وعن
ابي يوسف في مثله حكومة العدل. وفي مائة سوط جرحته وبقي
اثرها بقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس
ومن قطع فعفا عن القطع ثم مات منه ضمن قاطعه ديته
وقالا لا يجب شيء لان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه
القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى له انه عفا عن القطع وهو غير
القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه وانما يجب

وعن محمد انه يجب اجرة الطبيب وثمن الادوية
ويجب حكومة عدل يعرف ذلك من مشكل
الدية نصف حكومة العدل صح

القصاص لان صورة العفو اورثت شبهة ولو عفا عن الجناية
او عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس اما على الثاني
فظاهر واما على الاول فلان الجناية اسم جنس يتناول
السارى والمقتصر والخطاء من ثلث ماله اى اذا كانت
الجناية خطاء وقد عفا عنها فهو عفو عن الدية فيعتبر من
الثلث لان حق الورثة متعلق به والعمد من كله لان موجب
العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لانه ليس بمال والقود
ان كان وجوبه بعد الموت لكن سببه قد انعقد في حقه
فيعتبر عفوه وسيأتي كيفية وجوبه ان شاء الله تعالى وكذا الشجة
اى لو كان مكان القطع شجة فهو على الخلاف المذكور وان
قطعت امرأة يد رجل فنكحها على يده ثم مات يجب مهر مثلها
وديته في مالها ان تعمدت وعلى عاقلتها ان اخطأت
هذا عند ابي حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث
فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع
اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف
وهو ليس بمال ولا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب بها
مهر المثل لا يقال القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة في الطرف
فكيف يكون تزوجا عليه لانا نقول الموجب الاصلي للعمد القصاص
لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم

عليها

عليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن
عن القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل النفس
ولم يتناوله العفو فيجب الدية وتجب في مالها لانه عمد ثم يقع المقاصة
بين المهر والدية ان كانا على السواء وان كان في الدية
فضل يرده على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة عليها
وان كان القطع خطاء يكون هذا تزوجا على ارش اليد
واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم
فيجب مهر المثل ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطاء
والمهر لها وان نكحها على اليد وما يحدث منها او على الجناية
ثم مات ففي العمد مهر المثل لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح
مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه ولا شيء عليها لانه لما جعل
القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه لجهة المهر فيسقط اصلا
وفي الخطاء رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج
عن الثلث سقط والا سقط ثلث المال اى ان كان القطع
خطاء يرفع عن العاقلة مقدار مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك الميت
وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر
مهر المثل من جميع المال لانه وان كان مريضا مرض الموت لكن
التزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح حق الزيادة على مهر المثل لانه
محاباة فيكون وصية والدية تجب على العاقلة وقد صارت

مهرا فتسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر ولا ترجع عليهم بشيء لانهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها فاذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم فلا يغرمون لها وان كان مهر مثلها اقل من الدية يسقط عنهم بقدر مهر مثلها لما ذكرنا وما زاد على ذلك ينظر فان خرج من الثلث سقط عنهم ايضا لانه وصية لهم وتم اجازته فيصح وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وادوا الزيادة الى الورثة لان الوصية لا تنفذ لها الا من الثلث وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين وان مات المقتص له بقطع قبل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كان قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا بدون العلم به كذا في الهداية وفيه اشكال لما مر ان صورة العفو تكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفي عن القطع ثم مات فلم يلتفتوا ثمة الى المقدمة القائلة انه لا عفو

مبرئا عنه بدون العلم به. ويضمن دية النفس من قطع قودا فسرى اي استوفى حقه من له القصاص في الطرف فسرى الى النفس يضمن دية النفس لان حقه في القطع وقد قتل وقالا لا يضمن شيئا لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه وارش اليد من قطع يد من له عليه قود نفس فعفا عنه اي قطع ولي القتيل يد القاتل ثم عفا عن القتل ضمن دية اليد لانه استوفى غير حقه لكن لا يوجب القصاص للشبهة وقالا لا يضمن شيئا لانه استوفى حقه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها فاتلف البعض فاذا عفا فهو عفو عما وراء البعض فلا يضمن شيئا.

باب الشهادة في القتل واعتبار حالته

القود يثبت بدأ للورثة لا ارثا اي يثبت القصاص للورثة ابتداء لانه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه فطريق ثبوته الخلافة وقالا طريقه الوراثة كالدين لانه عوض نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ويسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فلا يصير احدهم خصما عن البقية تفريع على الاصل

المذكور اعلم ان احد الورثة ينتصب خصماً عن نفسه وعن [illegible]
فيما يدعى للميت وعلى الميت حتى ان ادعى احد الورثة شيئاً
من التركة على احد واثبته ثبت حق الجميع فلا يحتاج الباقون
الى تجديد الدعوى وكذا اذا ادعى احد على احدهم شيئاً من التركة
واقام البينة عليه يثبت على الجميع حتى لا يحتاج المدعي الى ان
يدعي على الباقين فيما لا يدعى له او عليه بل يدعي على الورثة او لهم
فلا ينتصب احدهم خصماً عن الباقين ولما كان القصاص من قبيل
الكل عنده لم ينتصب احدهم خصماً عن البقية عنده خلافاً لهما.
فلو اقام حجة على قتل ابيه عمداً غائباً اخوه فحضر يعيدها. تفريع
على ما تقدم اذا اقام احد الورثة بينة واخوه غائب ان فلاناً
قتل اباه عمداً يريد القصاص لا يقبض ثم حضر اخوه يحتاج الى
اعادة البينة ليقتلاه عنده خلافاً لهما. وفي الخطاء لا يحتاج
الى عادة البينة اذا كان القتل خطاءً لان موجبه المال
وطريق ثبوته الميراث والدين لا. لما ان احدهم ينتصب خصماً
البينة فيما يدعى للميت. ولو برهن القاتل على عفو الغائب
فالحاضر خصم. لانه يدعي عليه سقوط حقه في القصاص وانتقاله
الى المال فيكون خصماً. ويسقط القود وكذا لو قتل عبد عمداً
رجلين اي مشترك بينهما احدهما غائب. اي اذا ادعى القاتل
على الحاضر من الشريكين ان شريكه الغائب قد عفا فالحاضر خصم وسقط

القود لما ذكرنا آنفاً. وان شهد وليا قود بعفو ثالثهم لغت
اي شهادتهما لم يقبل لانهما يجران الى نفسهما نفعاً وهو انقلاب
القود مالاً. وهي. اي تلك الشهادة عفو منهما. لانهما زعما ان
القصاص قد سقط وزعمهما في حق انفسهما معتبر. فان
صدقهما القاتل وحده فلكل منهم ثلث الدية. لانه بتصديقه
اياهما اقر لهما بثلثي الدية فيلزمه لكن يزعمون كلهم ان نصيب
الولي المشهود عليه قد سقط بالعفو وهو منكر فلا يقبل
قولهم عليه ويحول نصيبه ايضاً مالاً فوجب كل الدية. وان كذبهما
ايضاً فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية. اي كذبهما القاتل ايضاً
بعد ان كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شيء للوليين
الشاهدين لانهما بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان
حقهما في القصاص فصح اقرارهما في حق نفسهما وادعيا
انقلابه مالاً فلا يصدق دعواهما الا ببينة وللمشهود عليه ثلث
الدية لان دعواهما العفو وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما
في حقه فينقلب نصيبه مالاً. وان صدقهما الآخر فقط
فله الثلث. اي ان صدقهما الولي المشهود عليه وحده
دون القاتل ثلث الدية لانه اقر له بذلك فان قيل كيف
يكون له الثلث وهو قد اقر انه لا يستحق على القاتل شيئاً
بدعواه العفو قلنا ارتد اقراره بتكذيب القاتل اياه

فوجب له ثلث الدية وههنا احتمال آخر وهو ان يصدقهما
القاتل والولي المشهود عليه وانما لم يذكره لانفهام حكمه
وهو ان لا يكون له شيء مما ذكر فانه قد فهم منه ان استحقاق
الآخر الثلث بالاحد الامرين بتكذيبه او بتكذيب القاتل
ثم ان الشهادة حقيقة في اولى الصور المذكورة وفي
الاخريين دعوى او اخبار وكان عبارة الاخبار ينتظم
الكل وانما اختار عبارة الشهادة رعاية لحق الصورة
الاولى وان اختلف شاهدا القتل في زمانه او مكانه او آلته
او قال شاهد قتله بعصا والآخر جهلت آلة قتله لغت
وان شهدا بقتله وقالا جهلنا آلته تجب الدية في ماله استحسانا
والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف
باختلاف الآلة فجهل المشهود به ووجه الاستحسان انهم شهدوا
بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فتجب اقل موجبيه وهو الدية
وانما تجب في ماله لان الاصل في القتل العمد فلا يلزم العاقلة
وان اقر كل من رجلين بقتل زيد وقال الولي قتلتماه فله
قتلهما ولو كان مكان الاقرار شهادتان لغتا لان
في الثانية تكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد له وهو
انفراده في القتل وهذا يبطل شهادته لان التكذيب
تفسيق وفي الاولى تكذيب المقر له في بعض ما اقر له وهذا

لا يبطل الاقرار والعبرة لحالة الرمي لا الوصول فتجب الدية
على من رمى مسلما فارتد فوصل وقالا لا يجب شيء اذ بالارتداد
سقط تقومه فصار مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه
بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي
والمرمي اليه متقوم في تلك الحالة والقيمة لسيد عبد رمي اليه
فاعتقه فوصل هذا عندهما وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته
مرميا الى غير مرمي وان ضربت امة فاعتقت فالقت
الجنين فمات تجب قيمته حيا لا ديته لانه قتله بالضرب السابق
وقد كان في حالة الرق والجزاء على محرم رمى صيدا فحل
فوصل لا على حلال رماه فاحرم فوصل ولا يضمن من رمى
مقضيا عليه برجم فرجع شاهده فوصل وحل صيد رماه
مسلم فتمجس فوصل لا ما رماه مجوسي فاسلم فوصل لما عرف
ان المعتبر حالة الرمي

كتاب الديات

الدية في الشرع اسم للمال الذي هو بدل النفس لا التسمية
للمفعول بالمصدر لانه من المنقولات الشرعية وهي من
الذهب الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم
وقال الشافعي اثنا عشر الفا ومن الابل مائة وهذه في شبه
العمد ارباع من بنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة
وهي المغلظة وفي الخطأ اخماس منها ومن ابن مخاض

الدية عنده لا يكون الا من هذه الانواع الثلثة وقالا منها
ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا
حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضه هكذا جعل على كل اهل مال
منها وله ان هذه الاشياء مجهولة المالية فلا يصح بها التقدير
والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها
ثم الدية المغلظة عند الشيخين خمس وعشرون بنت مخاض
وهي التي تم عليها حول وخمس وعشرون بنت لبون وهي
التي تمت عليها حولان وخمس وعشرون بنت مخاض وهي التي
تمت عليها ثلث سنين وخمس وعشرون جذعة وهي التي تمت
عليها اربع سنين وعند محمد والشافعي ثلثون حقة وثلثون
جذعة واربعون ثنية كلها خلفات والخلفة الحامل والثنية
ما دخل في السنة السادسة والتغليظ مختلف فيه بين الصحابة
رضهم والشيخان اخذا بقول ابن مسعود ومحمد والشافعي
اخذا بقول عمر رضه وزيد بن ثابت والمغيرة وابي موسى رضه
ودية الخطاء عندنا عشرون ابن مخاض وهو ذكر تمت عليه
حول ومن الاصناف الاربعة المذكورة عشرون وعند
الشافعي عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض وكفارتهما
عتق رقبة فان عجز عنه صام شهرين ولاء ولا اطعام فيهما
لانه لم يرد به النص وصح رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم تبعا

لا الجنين

لا الجنين وللمرأة نصف ما للرجل في دية النفس وما دونها
وقال الشافعي الثلث وما دون الثلث لا ينتصف كذا في
التبيين وللذمي ما للمسلم وقال الشافعي دية الكتابي ثلث
دية المسلم ودية المجوسي والوثني خمس دية المسلم وقال مالك
دية الذمي نصف دية المسلم ودية المسلم اثنى عشر الفا كذا في
الحقائق وفي النفس والانف والحشفة والعقل والشم والذوق
والسمع والبصر واللسان ان منع اداء اكثر الحروف وفي اللحية
حلقت فلم تنبت وشعر الرأس الدية اي الكاملة وعند الشافعي
ومالك يجب في اللحية وشعر الرأس حكومة عدل كما في اثنين
مما في البدن اثنان وفي احد مما نصفها وكما في اشفار
العينين وفي احد منها ربعها وفي كل اصبع يد او رجل عشرها
وفي مفصل من اصبع مفاصل ثلث عشرها وفيما فيه مفصلان
نصف عشرها كما في كل سن لقوله عليه في كل سن خمس من الابل
فان قلت يزيد دية الاسنان كلها على دية النفس بثلثة
اخماسها قلت نعم لا بأس فيه لانه ثابت بالنص على خلاف
القياس ذكره في غاية البيان فاذا لم يكن معقول المعنى فليس
علينا ان نطلب له الوجه المعقول ومن غفل عن هذا تصدى
لتخريج الوجه ولم يدر ان موجب ما ذكره ان تختلف دية السن
بان يكون دية السن التي سقط ما يقابلها قبل ذلك النقص

من دية السن التي لم يسقط ما يقابلها قبله وكل عضو ذهب
نفعه بضرب ففيه دية كيد شلت وعين عميت ولا قود
في الشجاج الا في الموضحة هي التي توضح العظم اي تظهره عمدا انها
رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية
يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة
فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها
بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع
فيتحقق استيفاء القصاص كذا في الهداية وفي التبيين
وهو الاصح وفيها خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة
هي التي تكسر العظم عشرها والمنقلة هي التي تحول العظم بعد الكسر
عشرها ونصف عشرها والآمة هي التي تصل الى ام الدماغ
وهي الجلدة التي فيها الدماغ والجائفة هي الجراحة التي وصلت
الى الجوف ثلثها وفي جائفة نفذت ثلثاها لانها بمنزلة
جائفتين والحارصة هي التي تحرص الجلد اي تخدشه والدامعة
هي التي تظهر الدم كالدمع في العين لا تسيله والدامية
هي التي تسيل الدم والباضعة هي التي تبضع الجلد اي
تقطعه والمتلاحمة هي التي تأخذ في اللحم والسمحاق
هي التي تصل الى السمحاق اي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم
الرأس حكومة عدل اراد تفسير العدل فقال فيقوم

عبداً بلا هذا الاثر ثم معه فقدر التفاوت بين القيمتين
من الدية هو اي ذلك القدر هي اي حكومة العدل هذا
ما قاله الطحاوي وبه يفتى ذكره في الخانية وقال الكرخي
انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك
من نصف عشر الدية وقال شيخ الاسلام قول الكرخي اصح
وفي كل اصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية لان الكف
تابع فلا يؤخذ زيادتها ولا نقصانها ومع نصف الساعد
نصف دية وحكومة عدل لان الساعد ليست تبعا
وفي رواية عن ابي يوسف ان ما زاد على اصابع اليد
والرجل الى المنكب واصل الفخذ هو تبع لان الشارع اوجب
في الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة
الى المنكب والرجل الى اصل الفخذ فلا يزاد على تقدير الشرع
وفي كف فيها اصبع عشرها وان كانت اصبعان
فخمسها ولا شيء في الكف وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع
فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير وان كانت في الكف
ثلث اصابع يجب ارش الاصابع ولا يجب في الكف شيء بالاجماع
لان الاصابع اصل وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف
وفي اصبع زائدة وعين صبي وذكره ولسانه لو لم يعلم الصحة
بما دل على نظره وتحرك ذكره وكلامه حكومة عدل وقال الشافعي

بجب دية كاملة لان الغالب الصحة اما ان علم صحة هذه
الاعضاء فالواجب الدية الكاملة اتفاقا. ودخل ارش موضحة
اذهبت عقلا وشعر رأسه في الدية. لان بفوات العقل
تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اوضحه فمات وارش
الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت سقط والدية بفوات
كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة وقال
زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلا
كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا. وان ذهب سمعه او بصره
او نطقه لا. قالوا هذا قول ابي حنيفة وعن ابي يوسف ان
الشجة تدخل في دية السمع والنطق وتدخل في دية البصر.
ولا قود ان ذهبت عيناه بل الدية فيهما. اي في الموضحة والعينين
الدية وقالا في الموضحة القصاص وفي العينين الدية. ولا بقطع
اصبع شل جارة. وعندهما وعند زفر يقتص من الاول وفي
ارشها. واصبع قطع مفصله الاعلى وشل ما بقي بل دية المفصل
والحكومة فيما بقي. ولا بكسر نصف سن اسود باقيها بل كل دية سن.
ويجب الارش على من اقاد سنه ثم نبتت. اي نبتت سن
من اقاد فعلم انه اقاد بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد
حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأني
حولا فكان ينبغي ان ينتظر اليأس في ذلك القصاص الا ان في

في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه
ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص.
واذا نبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق
الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال. او قلعها فردت
اي ردها الى صاحبها. الى مكانها ونبت عليها اللحم. لان
هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وفي النهاية قال شيخ
الاسلام هذا اذا لم تعد الى حالها الاولى بعد النبات في المنفعة
والجمال. لا ان قلعت فنبتت اخرى. لان الجناية انعدمت
معنى حيث لم تفت عليه منفعة ولا زينة وقالا عليه الارش
كاملا لان الجناية وقعت موجبة له والتي نبتت نعمة مبتدأة
من الله تعالى وفي الهداية وغيره ان الخلاف فيهما في سن الرجل
لا في سن الصبي ويرد عليه ان فيه تخصيص الحكم مع اشتراك
الدليل. او التحم شجة او جرح بضرب فبرأ او لم يبق اثر لزوال
الشين الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل
قيل ينظر ان الانسان بكم يجرح نفسه مثل هذه الجراحة فان
بعض الناس يجرح نفسه ويأخذ على ذلك شيئا لان الشين
الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل وقال محمد عليه اجرة الطبيب
وثمن الدواء وفي شرح الطحاوي فسر قول ابي يوسف
ارش الالم باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لا خلاف بينهما

ولا يقاد جرح الا بعد برء وقال الشافعي يقتص في الحال كما في القصاص في النفس وعمد الصبي والمجنون خطاء وعلى عاقلته الدية ولا كفارة فيه ولا حرمان ارث ومن ضرب بطن امراة يجب غرة خمسمائة درهم على عاقلته في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لدية وقال مالك في ماله ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة في سنة ان القت ميتا ودية اي يجب الدية الكاملة ان كانت حيا فمات لان موته بسبب الضرب وغرة ودية ان كانت ميتا فماتت الام ودية الام فقط ان ماتت فالقت ميتا لان موت الام سبب لموته ظاهرا فانه يختنق بموتها وقال الشافعي يجب الغرة مع الدية ودية ان ماتت فالقت حيا فمات وما يجب فيه اي في الجنين يورث عنه ولا يرث الضارب لانه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة وفي جنين الامة نصف عشر قيمته لو ذكرا وعشر قيمته لو انثى لا تفاوت في غرة الجنين بين الذكر والانثى اذا كان حرا ويتفاوت اذا كان رقيقا لان دية الرقيق قيمته فما يقدر من دية الحر يقدر من دية الرقيق ولا يلزم ان يكون الواجب في الانثى اكثر من الواجب في الذكر لان في العادة قيمة الغلام تزيد على قيمة الجارية وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت

الام باعتبار جنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده فيصح الاعتبار على اصله وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ بمقدارها من الاصل ولا كفارة في الجنين خلافا للشافعي وما استبان بعض خلقه كالتام فيما ذكر وضمن الغرة عاقلة حرة في سنة واحدة وان لم يكن لها عاقلة يجب في مالها في سنة ايضا اسقطت ميتا عمدا بدواء او فعل بلا اذن زوجها وان اذن لا لعدم التعدي

باب ما يحدث في الطريق

من احدث في طريق العامة كنيفا او ميزابا او جرصنا او دكانا الكنيف المستراح والميزاب مجرى الماء والجرصن البرج وقيل مجرى ماء يركب في الحائط وعن البزدوي جذع يخرج من الحائط ليبنى عليه وسعه ذلك ان لم يضر بالناس انما قال هذا لانه اذا اضر لا يحل لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولكل نقضه كذا منعه ابتداء سواء كان فيه ضرر او لم يكن لانه تصرف خاص في الحق المشترك فلا يجوز كما في الملك المشترك وفي غير نافذ لا يسعه بلا اذن الشركاء وان لم يضر وضمن عاقلته دية من مات بسقوطه اي سقوط ما احدث في طريق العامة كما لو وضع حجرا او حفر بئرا في الطريق فتلف به نفس وان تلف فيه بهيمة ضمن هو ان لم ياذن به الامام

فان الضمان فی جمیع ما ذکر انما یکون اذا لم یأذن الامام
وان اذن او مات واقع فی بیر طریق جوعا وغما المراد
من الغم هنا الاختناق من هواء البیر فلا لانه مات بمعنی فی
والضمان انما یجب اذا مات من الوقوع وقال ابو یوسف فی الجوع
والعطش کذلک وان مات غما یجب الضمان علی الحافر لانه
سبب للغم سوی الوقوع فیه اما الجوع والعطش فلا یختص بالبیر
وقال محمد هو ضامن فی الوجوه کلها لان ذلک حصل بسبب
الوقوع ولولا ذلک لتناول الخبز والماء ومن نحی حجرا وضعه
آخر فعطب به رجل ضمن الثانی لان فعل الاول انفسخ بفعل الثانی
والا لما شرط التنحیة بل لان حکم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله
وانما اشتغل بالفعل الثانی موضع آخر کمن حمل شیئا فی الطریق
فسقط منه علی آخر او دخل بحصیر او قندیل او حصاة فی مسجد
اذا کان المسجد للعشیرة فعلق واحد منهم قندیلا او جعل فیه
بواری او حصی فعطب به شخص لم یضمن وان کان الذی فعل ذلک
من غیر العشیرة ضمن قالوا هذا عنده وقالا لا یضمن فی الوجهین
لان القربة لا تتقید بشرط السلامة وله ان تدبیر المسجد لاهله دون
غیرهم فکان فعله مباحا مطلقا وفعل غیرهم تعدیا او مقیدا بشرط
السلامة وقصد القربة لا ینافی الغرامة اذا اخطأ الطریق کما اذا
انفرد بالشهادة علی الزنا او جلس فیه غیر مصل فعطب به احد فلا

لامن سقط منه رداء لبسه وعن محمد انه اذا لبس ما لا یلبس عادة
کجوالق القلندرین فسقط علی انسان فهلک یضمن لان هذا
اللبس بمنزلة الحمل وفی الحمل یضمن او ادخل هذه فی مسجد حیة او جلس
فیه مصلیا وربط مال الی طریق العامة وطلب نقضه مسلم
او ذمی ممن یملک نقضه کالراهن یفک رهنه فانه یملک
نقضه بفک رهنه والطفل والوصی والمکاتب والعبد التاجر
فلم ینقض فی مدة یمکن نقضه فیها ضمن ما تلف وعاقلته النقض
خلافا للشافعی ویصح الطلب بکل لفظ یفهم منه طلب النقض
مثل ان یقول ان حائطک مخوف او مائل فاهدمه حتی لا یسقط
فیتلف شیئا او اهدمه فانه مائل وصار اشهادا اذا کان
بحضرة الشهود وهو لیس بشرط وانما ذکر فیما ذکر لیتمکن من
اثباته عند الجحود فکان من باب الاحتیاط لامن اشهد علیه
فباعه وقبضه المشتری فسقط او طلب ممن لا یملک نقضه
کالمرتهن والمستأجر والمودع وساکن الدار وان مال الی دار
رجل فله الطلب ویصح تأجیله وابراؤه منها لا ان مال الی الطریق
فاجله القاضی او من طلب لانه حق العامة فلیس لهما ابطاله
وان بنی مائلا ابتداء ضمن بلا طلب کما فی اشراع الجناح هو
اخراج الجذوع من الجدار الی الطریق والبناء علیها ونحوه
کالمیزاب حائط لخمسة طلب نقضه من احدهم وسقط علی رجل ضمن

العاقلة اي عاقلة من طلب منه النقض خمس الدية لان الطلب
صح في الخمس كما ضمنوا ثلثيها ان حفر احد بثلثة في دارهم بئراً
او بنى حائطاً لان الحافر والباني في الثلثين متعدٍ وقالا يضمن
نصف الدية في الفصلين لان التلف في نصيب من طلب منه معتبر
وفي نصيب غيره هدر وفي الحفر والبناء باعتبار ملكه غير
متعدٍ وفي اعتبار ملك شريكه متعدٍ فكان قسمين فانقسم عليهما
نصفين **باب جناية البهائم وعليها** ضمن الراكب
ما وطئت دابته وما اصابت بيدها او رجلها او رأسها
او كدمت او خبطت او صدمت لا ما نفحت برجلها او ذنبها لان
الاحتراز عن الوطئ وما يشابهه ممكن بخلاف النفحة بالرجل
والذنب وقال الشافعي يضمن بالنفحة ايضاً لان فعلها
يضاف الى الراكب او عطب انسان بما راثت او بالت في
الطريق سائرة لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكن
التحرز عنه او اوقفها لذلك لان بعض الدواب لا يفعل
ذلك الا بعد الوقوف وان اوقفها لغيره ضمن لانه متعدٍ بايقافها
وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت
غباراً او حجراً صغيراً ففقأ عيناً او افسد ثوباً لا يضمن وضمن بالكبير
لان الاحتراز عن الاول غير ممكن بخلاف الكبير وضمن السائق
والقائد ما ضمنه الراكب وعليه الكفارة لا عليهما وايضاً تحرم

الراكب

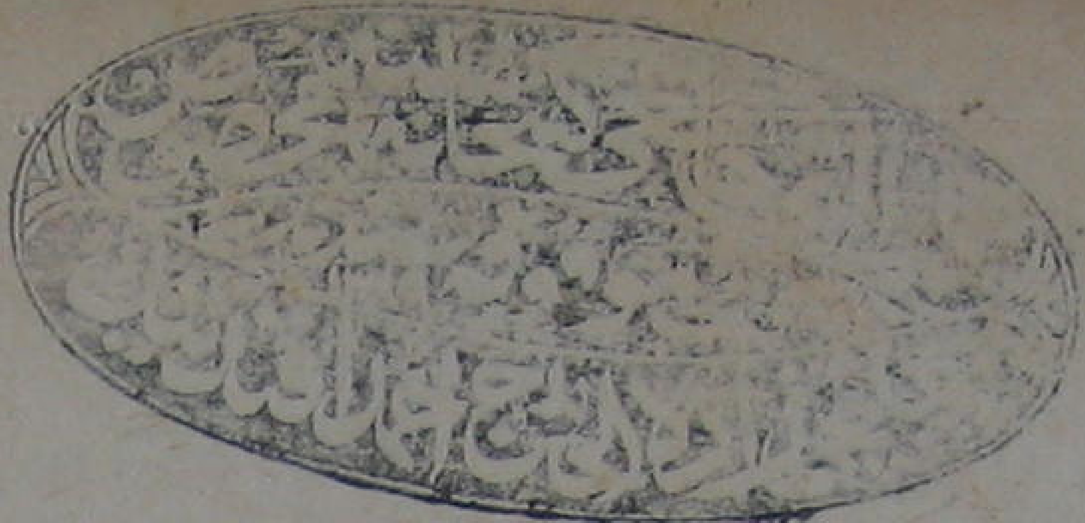
الراكب عن الميراث لا السائق والقائد وضمن عاقلة كل
من الحرين الآخر ان اصطدما فماتا ذكر المصطدمين مطلقاً
يشمل صورة الماشيين فان الحكم لا يختلف بكونهما ماشيين
انما قال من الحرين اذ لو كانا عبدين هدرت الجناية لانه لا يبقى
لاحد المولَيَين على الآخر جماعاً كذا في الحقائق وههنا شرط
آخر مذكور في الفتاوى الظهيرية وهو ان يقع كل واحد منهما
على قفاه اذ لو وقع كلاهما على وجهه فلا شيء على واحد منهما
وان وقع احدهما على قفاه والآخر على وجهه فدم الذي
وقع على وجهه هدر وشرط آخر مذكور في المحيط وهو
ان لا يكونا عامدين في الاصطدام فانهما لو كانا عامدين
فيه ضمن كل نصف الدية للآخر وقال زفر والشافعي يضمن
عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لان هلاكه بفعلين
فعل نفسه وفعل صاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه ولنا
ان فعل كل منهما مباح والمباح في حق نفسه لا يضاف اليه
الهلاك وفي غيره يضاف وسائق دابة وقع اداتها
على رجل فمات وقائد قطار وطئ بعير منه رجلاً ضمن الدية
وان كان معه سائق ضمنا وان قتل بعير ربط على قطار
بلا علم قائده رجلاً ضمن عاقلة القائد الدية ورجعوا بها
على عاقلة الرابط لان الرابط اوقعهم في هذه العهدة وانما

لا يكون في مال الرابط لانه دية وليفصح عمّد ومن ثمرته
خسران المال فينبغي ان في مال الرابط فقد وهم كما لا يخفى على
من له ادنى دربة في هذا الفن قالوا هذا اذا ربط والقطار
في السير لانه ماذون في القود دلالة اما اذا ربط في
غير حالة السير فالضمان يتقرر على عاقلة القائد ولا يرجعون على
عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة
وان ارسل كلبا او طيرا او ساقه فاصاب في فوره ضمن الكلب
لا في الطير ولا في كلب لم يسقه قال صدر الشهيد وغيره من
شراح الجامع الصغير اراد بكونه سائقا ان يكون خلفه
وذلك لان الكلب يحتمل السوق كسائر الدواب فاضيف السو
اما البازي فلا يحتمل السوق لان سائق الطائر لا يكون الا
طائرا الا انه اضيف الى المرسل في حق حل الصيد ضرورة
اباحة الاصطياد بالبازي والكلب ولا ضرورة في حق الضمان
وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال
الناس والمشايخ اخذوا بقوله ولا في دابة منفلتة اصابت
نفسا او مالا ليلا او نهارا ومن ضرب دابة عليها راكب
او نخسها فنفحت وضربت بيدها اخرا و نفرت فصدمته
فقتلته ضمن هو لا الراكب وقال ابو يوسف ان الضمان على
الراكب والناخس نصفين وهذا اذا نخسها بغير اذن الراكب

اما اذا نخسها باذنه فلا ضمان لانه امره بما يملكه اذ النخس في حق
السوق فانتقل الى الراكب فلا يضمن بالنفحة كما اذا نخس الراكب
فنفحت وفي فقاء عين شاة تركت اضافتها الى القصاب
لما فيها من مظنة الاختصاص خصوصا عند ملاحظة التعليل
الآتي ذكره وليس يصح ما نقصها لان المقصود من الشاة اللحم
فلا يعتبر فيها الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره
فائدة الاضافة بيان ان حكم التفاوت لا يبطل بالاعداد
للحم كما يوهمه التعليل الآتي ذكره والحمار والبغل والفرس ربع
القيمة لانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها
وعينا المستعمل لها فصارت كانها ذات اعين اربع فيجب
الربع لفوات احدها قال الشافعي يجب النقصان كما في الشاة
قلنا في شاة القصاب المقصود اللحم فقط باب جناية
الرقيق وعليه ان جنى عبد خطاء دفعه سيده بها
اي بالجناية ويملكه وليها او فداه بارشها حالا وقال
الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى
الارش فائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسألة
مختلفة بين الصحابة رضهم وان فداه فجنى فهي كالاولى لانه
لانه اذا فدى طهر عن الاولى فصارت الاولى كان لم تكن
فيجب بالثانية الدفع او الفداء وان جنى جنايتين دفعه بهما

الى وليهما تقسيمانه بنسبة حقيهما او فداه بأرشهما فإن
وهبه او باعه او اعتقه او دبّره او استولدها. اى الامة
الجانية. ولم يعلم بها ضمن الاقل من قيمته ومن الارش وان علم
بها غرم الارش لان فى الاول فوت حقه فيضمنه فى حقه فى
اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم
وفى الثانى صار مختارا لان الهبة وسائر ما ذكر يمنعه من الدفع
فالاقدام عليه اختيار منه للآخر. كما لو علق عتقه بقتل زيد
او رميه او شجه ففعل. انما غرم الارش فى هذه الصورة
لانه صار مختارا للفداء حيث اعتقه على تقدير وجود الجناية
كما اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلثا فمرض تطلق
ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود
المرض وقال زفر لا يصير مختارا لان وقت تكلمه لا جناية
ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به
مختارا. وان قطع عبد يد حر عمدا ودفع اليه فاعتقه فسرى
فالعبد صلح بها. لانه لما اعتقه دل على ان قصده تصحيح الصلح اذ لا
له الا وان يكون صلحا عن الجناية وما يحدث منها. وان لم
يرد على صاحبه فيقتل او يعفى. لانه لما سرى تبين ان المال غير
واجب بل القود فكان الصلح باطلا فيرد ويقال للاولياء اقتلوه
او اعفوه. وان جنى مأذون مديون خطاء فاعتقه سيده

بلا علم بها غرم لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه و
الاقل منها ومن الارش لانه اتلف حقين كل واحد منهما
مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء
فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة
الواحدة بان يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها
بالاتلاف. وان ولدت أمة مأذونة مديونة ولدا يباع معها
لدينها ولا يدفع معها بجنايتها. والفرق ان الدين وصف
حكمى فيها واجب فى ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسرى
الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع
فى ذمة المولى لا فى ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقى
وهو الدفع والسراية فى الاوصاف الشرعية دون الاوصاف
الحقيقية. وان قتل عبد خطاء ولى حر زعم ان سيده اعتقه
فلا شىء للحر عليه معناه اذا قال رجل فى عبد ان مولاه اعتقه
فقتل العبد خطاء شخصا ذلك الرجل ولى جنايته فلا شىء له لانه
لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ
العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة.
وان قال قتلت اخا زيد قبل عتقى خطاء وقال زيد بل بعده
صدق الاول لانه منكر الضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة
منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب فى جناية



العبد على المولى دفعا و فداء وانما قلنا انه منكر الضمان لا لانه لو ثبت ما ادعى عليه باقراره لوجب الضمان عليه اذ بذلك القدر لا يكون منكرا للضمان المتوجه عليه بل لانه اذا ثبت ثبت عليه وانما يجب الاداء على العاقلة بطريق التحمل عنه حتى اذا لم يوجد له عاقلة يتقرر عليه ومعنى تصديقه سقوط الضمان عنه لا ثبوته على المولى لان قوله لا يكون حجة على المولى • وان قال قطعت يدها قبل اعتاقها وقالت بل بعده صدقت وكذا في اخذه مالا منها • اى ان عتق امته ثم قال لها قطعت يدك واخذت منك هذا المال قبل ما اعتقتك وقالت بل بعده فالقول قولها استحسانا وهذا عندهما وعند محمد القول قوله وهو القياس لانه ينكر الضمان باسناده الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان الا اذا كان في المأخوذ منها شيئا قائما بعينه فان القول فيه قولها لانه اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي تنكر والقول للمنكر فيؤمر بالرد عليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرأ به فلا يكون القول له لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة • لا في الجماع والغلة • اى اذا قال جامعتها قبل الاعتاق او اخذت الغلة قبله لا يكون القول قولها لان وطئ المولى

امته المدبونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه لحصول الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان وما قيل ايضا الظاهر كونهما في حالة الرق منظور فيه اذ الفرق بين اخذ المال واخذ الغلة بان الظاهر كون الكل في حالة الرق دون الاول تحكم ظاهر • وان امر عبد محجورا وصبي صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل • لان الصبي هو المباشر للقتل عمده وخطاؤه سواء فتجب على عاقلته • ورجعوا على العبد بعد عتقه • لانه اوقع الصبي في هذه الورطة وعدم الاعتبار قبل العتق كان لحق المولى وقد زال بعد ذلك لنقصان اهليته • لا على الصبي • لانه قاصر الاهلية • وان كان مامور العبد مثله دفع السيد القاتل او فداه في الخطاء • اى ان امر عبد محجورا بقتل رجل في الخطاء دفع القاتل سيده او فداه • بلا رجوع في الحال وان يرجع بعد عتقه • عبارة الجامع الصغير وليس على الآمر ولا عاقلته شيء وقال الفقيه ابو الليث في شرحه يعني لا شيء عليه في الحال ولكن يجب عليه بعد العتق ثم قال وهكذا ذكر في الزيادات فمن فهم منه انه انما قال ويجب ان يرجع بعد العتق اذ لا رواية كذلك فقد وهم انما يجب الرجوع عليه بعد العتق لانه لما امره بالقتل حتى قتله صار غاصبا ومرجع هذا الغصب الى القول فصار

كالاقرار منه بالغصب فلا يؤاخذ به الا بعد العتق هكذا
نقل الفقيه ابو الليث عن الزيادات بالاقل من قيمته ومن الفداء
لان القيمة اذا كانت اقل من الفداء فالمولى غير مضطر الى اعطاء
الزيادة على القيمة بل يدفع العبد وكذا في العمد ان كان
العبد القاتل صغيرا لان عمد الصغير كالخطاء وان كان كبيرا
اقتص وان قتل من عمدا حرين لكل وليان فعفا احد
وليي كل منهما دفع نصفه الى الآخرين او فدى بدية لانه
لما عفا احد وليي كل منهما سقط القصاص وانقلب مالا وقد سقط
نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فاما ان يدفع
نصفه او الدية الواحدة وان قتل احدهما عمدا والآخر خطاء
وعفا احد وليي العمد فدى بدية لوليي الخطاء وبنصفها لاحد
وليي العمد او دفع اليهم وقسم اثلاثا عولا عنده لان وليي الخطاء
يدعيان الكل وواحد وليي العمد يدعي النصف فيضرب هذان
بالكل وذلك بالنصف واصله التركة المستغرقة بالديون
وارباعا منازعة عندهما ثلثة ارباعه لوليي الخطاء وربعه
لوليي العمد وانما قال منازعة لانه سلم النصف لوليي الخطاء
بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر
فتنصف فلهذا اقسم ارباعا وان قتل عبدهما قريبهما وعفا احدهما
بطل كله اي قتل عبد رجلين قريبا لهما فعفا احدهما بطل الكل

وهذا عنده وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفدي
بربع الدية **فصل** دية العبد قيمته فان بلغت هي دية
الحر وقيمة الامة دية الحرة ينقص من كل عشرة اظهارا لانحطاط
رتبة الرقيق عن الحر وتعيين العشرة باثر عبد الله بن مسعود
وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت
وفي الغصب قيمته ما كانت هذا بالاجماع لان المعتبر في الغصب
المالية لا الآدمية وما قدر من دية الحر قدر من قيمته اي قيمة
العبد ففي يده نصف قيمته عبد قطع يده عمدا فاعتق فسرى
اقيد ان ورثه سيده فقط اي ان كان وارث المعتق
السيد فقط استوفى القود خلافا لمحمد لان سبب الولاية قد اختلف
لانه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة
الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت
بالشبهة او فيما يحتاط فيه ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية
للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد ولا معتبر
باختلاف السبب لان الحكم لا يختلف والا لا اي وان لم يكن
الوارث السيد فقط بل يكون له وارث آخر لا يقاد بالاتفاق
لانه ان اعتبر حالة الجرح فالمستحق السيد فقط وان اعتبر حالة
الموت فالورثة فيتحقق الاشتباه فيتعذر فلا يجب على وجه يستوفى
وان اعتق احد عبديه فشجا فعين احدا اي ان قال لعبديه

احد كما حر ثم شجا دفعة فبين السيد ان المراد باحدهما هذا العبد
فارشهما للسيد لما عرفت ان البيان اظهار من وجه وانشاء
من وجه وبعد الشجة يبقي محلا للانشاء فاعتبر انشاء فكان العتق
وقت البيان فان قتلهما رجل اي ان قتلهما رجل واحد
في وقت واحد معا يجب دية حر وقيمة عبد لانهما بعد الموت
لم يبقيا محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فيكون الكل نصفين بين
المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلف قيمتهما يجب نصف
قيمة كل واحد منهما ودية حر وان قتل كلا رجل فقيمة العبدين
لانا لم نتيقن بقتل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ومن
فقا عيني عبد دفعه سيده واخذ قيمته او امسكه بلا اخذ
النقصان وقالا يخير بين الدفع والامساك مع اخذ النقصان
وقال الشافعي ضمنه القيمة وامسك الجثة العمياء فهو يجعل
الضمان في مقابلة الفائت فيبقي الباقي على ملكه كما اذا
فقاء احدى عينيه ولهما ان المالية معتبرة في حق الاطراف
وانما تسقط في حق الذات فقط وحكم الاموال ما ذكر كما في
الخرق الفاحش وله ان المالية وان كانت معتبرة فالادمية
غير مهدرة والعمل بالشبهين اوجب ما ذكر **فصل** ان جنى
مدبر او ام ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش
اذ لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى

في اكثر

في اكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها وان جنى اخرى
شارك ولي الثانية ولي الاولى في قيمة دفعت اليه بقضاء
اذ ليس في جناياته الا قيمة واحدة ولا شيء على المولى لانه مجبور
على الدفع واتبع السيد او ولي الاولى ان دفعت بلا قضاء
هذا عنده وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم يكن الجناية
الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا
دفع بالقضاء وله ان الثانية مقارنة للاولى من وجه ولهذا
يشارك ولي الاولى فالمولى جاز ان يدفع الحق الى ولي الثانية
طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فتخير ومن غصب
عبدا قطع سيده يده فتشري ضمن قيمته اقطع فان قطعه سيده
في يد غاصبه فتشري يده اي في يد الغاصب لم يضمن والفرق
ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه
هلك بآفة سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل
الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا
فيصير مستردا فكيف وانه استولى عليه وهو استرداد فبرئ
الغاصب عن الضمان وضمن عبد محجور غصب مثله فمات معه لان المحجور
مواخذ بافعاله فان كان الغصب ظاهرا يباع فيه وان لم يكن
ظاهرا بل اقر به لا يواخذ بالفعل بل يواخذ بعد العتق وان جنى
مدبر عند غاصبه ثم عند سيده او عكس ضمن قيمته لهما ورجع

بنصفها على الغاصب ودفع الى الاول اي الى ولي الجناية الاولى
دون الثانية لان حقه لم يجب الا ان المزاحم قائم فلم يجب في
الاولى رجع به على الغاصب وفي الثانية لا وهذا عندهما وقال محمد
نصف القيمة التي رجع به على الغاصب يسلم الى المولى ولا يدفعه
الى ولي الجناية الاولى لانه عوض ما اخذه ولي الجناية الاولى فلا يدفع
اليه لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولهما ان حق
الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما
انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في
يد المالك فارغا يأخذه منه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع به
المولى على الغاصب لانه اخذ منه بسبب كان عند الغاصب ولا يرجع
في صورة العكس لان الجناية الاولى كانت في يد المالك
والقن في الفصلين كالمدبر لكن السيد يدفع القن وقيمة المدبر
اي الجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان ههنا
يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة مدبر غصب مرتين
فجنى في كل مرة ضمن سيده قيمته لهما ورجع بقيمته على الغاصب
ودفع نصفها الى الاول ورجع به اي غصب مدبرا فجنى عنده
ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده مرة اخرى فعلى المولى قيمته
بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة
واحدة ثم يرجع بتلك القيمة على الغاصب لان الجنايتين كانتا

في يده فيدفع نصفها الى الاول ويرجع به على الغاصب قيل هذه
المسألة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق
لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض ما سلم لولي الجناية الاولى
لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق
اما في هذه المسألة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية
لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكر ومن غصب صبيا حرا
فمات معه فجأة او بحمى لم يضمن وان مات بصاعقة او نهش
حية ضمن عاقلته الدية والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول
زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق وجه الاستحسان
انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف فهذا اتلاف تسبيبا لانه
نقله الى مكان الصواعق او الحيات وهذا لان الصواعق
والحيات لا تكون في كل مكان بخلاف الموت فجأة او بحمى لان
ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه
الحمى والامراض نقول انه يضمن فيجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا
كذا في الهداية كما في صبي اودع عبدا الايداع يتعدى الى المفعولين
والفعل المجهول اسند الى المفعول الاول وهو الصبي فقتله
وان اتلف مالا بلا ايداع ضمن وان اتلف بعده لا الوديعة
ان كان عبدا ضمنه بالقيمة وان كان مالا لا يضمنه عندهما
ويضمن عند ابي يوسف والشافعي لانه اتلف مالا معصوما

ولابي حنيفة ومحمد غير العبد معصوم لحق السيد وقد فوته حيث
وضعه في يد الصبي واما العبد فعصمته لحقه اذ هو مبقي على اصل
الحرية في الدم

باب القسامة

قال في البدايع هي في اللغة
بمعنى القسم وهو اليمين مطلقا وفي عرف الشرع اليمين بالله
عز وجل بسبب مخصوص وعدد مخصوص على شخص مخصوص وهو
المدعى عليه واحدا كان او متعددا على وجه مخصوص سيأتي بيانه
ميت به جرح او اثر ضرب وخنق او خروج دم من اذنه او عينه
وجد في محلة او اكثره اعني هذا عن قوله او نصفه مع رأسه
لا يعلم قاتله وادعى وليه القتل على اهلها او بعضهم حلف خمسون
رجلا منهم يختارهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
ثم قضى على اهلها بدية ويحمل عنهم عاقلتهم وانما قلنا هكذا
لانه ذكر في المبسوط ان ظاهر الرواية القسامة على اهل المحلة والدية
على عواقلهم وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء
خمسين يمينا ويقضى له بالدية على المدعى عليه لو كان حلفهم على القتل
خطاء وان كان على القتل عمدا ففيه قولان في قول القصاص
وهو قول مالك وفي قول الدية وان نكل المدعون عن اليمين حلف
المدعى عليهم فان حلفوا برؤا وان نكلوا فان كان المدعى عليه واحدا
يقتص في قول ويجب الدية في قول وان كانوا اكثر ففي قول يقتص
من جميعهم وفي قول يقتص بواحد بقرعة في تخريج وباختيار الولي

في آخر ويضمن الباقون الدية واللوث وجود سبب يوجب غلبة
الظن ان الامر كما يقول المدعي مثل ان يوجد بقرب القتيل رجل
متلطخ الدم او ابصر رجل يحرك يديه كالضارب فلما دنوا منه
وجد بقربه قتيل او جاءت شهادات متفرقة من رجال ونساء
وصبيان او شهد عدل واحد انه قتله او هؤلاء قتلوا او يوجد
قتيل بين جماعة هم اعداء له ولا يخلطهم غيرهم او يدخل جماعة بيتا
فلا يتفرقون الا وقتيل بينهم او يدخل رجلان بيتا ثم وجد
احدهما قتيلا والآخر خارج وان لم يوجد لوث على التفسير الذي
مر فقوله مثل قولنا فالاختلاف في موضعين احدهما ان المدعي
لا يحلف عندنا وعنده يحلف والثاني في براءة اهل المحلة باليمين
كذا في الحقائق فان لم يكن فيها اي ان لم يوجد خمسون في المحلة
كرر الحلف عليهم الى ان يتم ومن نكل منهم حبس حتى يحلف
هذا في دعوى القتل العمد اما في الخطاء فيقضى بالدية على عاقلتهم
ولا يحبسون ذكره في الخانية وان ادعى على واحد من غيرهم سقط
القسامة عنهم ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد
ولا قسامة ولا دية في ميت لا اثر به او خرج دم من فمه او دبره
او ذكره لان الدم يخرج من هذه المواضع بلا فعل من احد بخلاف
الاذن والعين وما تم خلقه كالكبير اي وجد سقط تام الخلق به
اثر الضرب فهو كالكبير وفي قتيل وجد على دابة يسوقها رجل

ضمن عاقلته دیته لا اهل المحلة وكذا الوفادها او ركبها فان اجتمعوا
ضمنوا اى السائق والقائد والراكب وفى دابة بين قريتين
عليها قتيل على اقربهما لكن اذا كان بحيث يسمع الصوت منها
اما اذا كانت بحيث لا يسمع الصوت لا تجب على واحد منهما ذكره
في التتمة وان وجد في دار رجل فعليه القسامة وتدى عاقلته
ان ثبتت انها له بالحجة وعاقلة ورثته ان وجد في دار نفسه
هذا عنده وعندهما وهو قول زفر لا شئ فيه لان الدار في يده
حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة
انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات
قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فيجب على عاقلتهم لا يقال
الورثة انما يتحملون ما يجب على الورثة تخفيفا لهم ولا يمكن الايجاب
على الورثة للورثة لان الايجاب ليس للورثة بل للمقتول حتى
يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو
نظير الصبى والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته ويكون
ميراثا له وان وجد احدهما قتيلا في بيت بلا ثالث ضمن الآخر
ديته عند ابى يوسف لان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه
خلافا لمحمد هو يقول يحتمل انه قتل نفسه والقسامة على اهل الخطة
دون السكان والمشترين فان باع كلهم فعلى المشترين هذا
عند ابى حنيفة ومحمد لان نصرة البقعة على اهل الخطة وقال

ابو يوسف عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون
بالسكنى والمشترى واهل الخطة سواء في التدبير وقيل ابو حنيفة
بنى هذا على ما شاهد بالكوفة وان وجد في دار بين قوم
لبعض اكثر فهى على الرؤس لان صاحب القليل والكثير سواء
في الحفظ والتقصير فان بيعت ولم يقبض فعلى عاقلة البايع
وفى البيع بخيار على عاقلة ذى اليد هذا عند ابى حنيفة وقالا
ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشترى وان كان فعلى عاقلة
من يصير له سواء كان الخيار للبايع او المشترى وفى الفلك
على من فيه وفى مسجد محلة على اهلها وبين القريتين على اقربهما
هذا اذا كان في فلاة من الارض لا ملك لاحد ولا يد ولا
فعلى صاحب الملك وصاحب اليد ذكره في البدايع ثم
ان ههنا شرطا آخر وقد مر فيما سبق وهو ان هذا اذا كان
بحيث يسمع الصوت وفى سوق مملوك على المالك هذا
عند ابى حنيفة ومحمد وعند ابى يوسف على السكان وفى غير
مملوك والشارع الاعظم لا بد من هذا القيد المذكور في الهداية
وغيرها لانه اذا كان في شارع المحلة يكون على اهلها قال
في النافع وفى مسجد محلة على اهلها كما لو وجد في شارع المحلة
والمراد من طريق المحلة وشارعها ما هو الخاص باهلها كما هو الظاهر
البدايع حيث قال ومنها اى من شرائط وجوب القسامة

والدية ان يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد
او في يد احد يد الخصوص وان كان في يد احد يد العموم
لا يد الخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين
لا لواحد منهم ولا لجماعة يختصون لا تجب القسامة ولا الدية
على احد • والسجن • وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على
اهل السجن • والجامع لا قسامة والدية على بيت المال وفي قوم
التقوا بالسيوف اجلوا اي انكشفوا • عن قتيل على اهل المحلة الا
ان يدعي الولي على القوم او على معين منهم وان وجد فيما لا
فيه لاحد ولا يد ولا عمارة بقربه ولا اخباء او فسطاط •
لو وجد القتيل خارج الخباء فعلى اقرب الاخبية ذكره في الهداية
او نهر كبير احترز عن الصغير وهو ما يقضى به بالشفعة للشركاء
في الشرب فان فيه القسامة والدية على اهله سواء كان القتيل
محتبسا او مربوطا على الشط او كان النهر يجري به ذكره في البدايع
يمر به هدر • لانه ان كان محتبسا في الشط او مربوطا او ملقى
على الشط فعلى اقرب المواضع اليه من الامصار والقرى من حيث
يسمع الصوت القسامة والدية وكذلك لو كان محتبسا في الجزيرة
ذكره في البدايع وذكر الكرخي وشيخ الاسلام ان النهر العظيم اذا
كان موضع انتفاعهم فانه في دار الاسلام تجب الدية في بيت
المال لانه في ايدي المسلمين بخلاف ما اذا كان موضع انتفاعه في

دار الحرب لانه يحتمل ان يكون قتيل اهل الحرب • ومستحلف قال قتله
زيد حلف • من هنا تبين ما فيما تقدم من قوله ومن نكل منهم
حبس حتى يحلف من الحاجة الى التفصيل • بالله ما قتلت ولا عرفت له
قاتلا غير زيد وبطل شهادة بعض اهل المحلة بقتل غيرهم او واحد
منهم ومن جرح في حي فنقل فبقي ذا فراش حتى مات فالقسامة
والدية على الحي وفي قتيل قرية امرأة كرر الحلف عليها وتدي
عاقلتها • هذا عندهما وعند ابي يوسف القسامة على العاقلة
ايضا لانها على اهل النصرة والمرأة ليست منها ولهما ان القسامة
لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة

كتاب المعاقل

جمع معقلة بالضم وتسمى عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك
اي تمسكه • هي دية وجبت بنفس القتل على العاقلة البالغة الذي
يعقلون القتل • يقال عقلت القتيل اي اعطيت ديته وعقلت
عن القاتل اي اديت عنه ما لزمه من الدية • وهي اهل الديوان
اي الجيش الذي كتبت اساميهم في الديوان لمن هو منهم وعند
الشافعي اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام
ولا نسخ بعده ولنا ان عمر رضه لما دون الدواوين جعل
العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضهم
من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان
على اهل النصرة وقد كان بانواع القرابة والحلف والولاء والعد

وهوان يعد رجل من قبيلة وفي عهد عمر رضه قد صارت
بالديوان فجعلها على اهلها اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان
قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف
فاهله ويوخذ من عطاياهم في ثلث سنين وكذا ما يجب على
القاتل عمدا بان قتل الاب ابنه يوخذ في ثلث سنين وعند الشافعي
يجب هذا حالا وان خرجت لاقل منها او اكثر يوخذ منه اي ان اعطيت
عطايا ثلث سنين بعد القضاء بالدية في سنة واحدة مثلا
او في اربع سنين وحية لمن ليس منهم اي من اهل الديوان
يوخذ من كل في ثلث سنين ثلثة دراهم او اربعة فقط في كل
دراهم او مع ثلث نص على ذلك محمد هو الاصح انما قال هذا لان
رواية القدوري انه لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل
وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار وان لم يتسع
الحي ضم اليه اقرب الاحياء نسبا الاقرب فالاقرب كما في العصبات
والقاتل كاحدهم وعند الشافعي لا يجب على القاتل شيء والمعتق
حي سيده ولمولى الموالاة مولاه وحيه وتحمل العاقلة ما يجب
بنفس القتل وقدر ارش موضحة فصاعدا لا ما يجب بصلح واقرار
لم يصدقه العاقلة او عمد سقط قوده بشبهة او قتل ابنه عمدا
ولا جناية عبد او عمد وما دون ارش موضحة بل الجاني خلافا للشافعي

كتاب الوصايا

الوصية والايصاء طلب الشيء من غيره

ليفعله على غيبته في حيوته او بعد مماته وفي الشرع اختص هذا
الصنيع بما بعد الموت كالوكالة بما قبله كذا في مبسوط خواهرزاده
هي تمليك مضاف الى ما بعد الموت عينا كان او منفعة و
ندبت باقل من الثلث عند غنى ورثته واستغنائهم
بهذا اذا لم يكن عليهم حق مستحق لله تعالى وان كان حق مستحق
لله تعالى كالزكوة والصيام والحج والصلوة التي فرط فيها فهي
واجبة كذا في التبيين وتركها بلا احدهما اي ان لم يكن واحد من
الغنى والاستغناء فترك الوصية افضل وصحت للحمل وبه ان اتى
لاقل من مدته وهي ستة اشهر لا ان ولدت لاقل مدته
والفرق واضح من وقتها اي من وقت الوصية كذا في الهداية
وفي النهاية من وقت مرض الموت لا من وقت الوصية من غير
تفصيل وفي الكافي ما يدل على انه من الاول كان له ومن الثاني
ان كان به وهي والاستثناء اي يصح الوصية والاستثناء
في وصيته بامة الا حملها لان كل ما يصح افراده بالعقد صح استثناؤه
منه وقد مر ان الوصية بالحمل صحيحة فصح استثناؤه منها
ومن المسلم للذمي وعكسه انما قال للذمي احترازا عن الحربي
فانه لا يجوز الوصية له وبالثلث للاجنبي لا باكثر منه ولا لوارثه
وقاتله مباشرة احترز به عن القاتل تسبيبا وعند الشافعي
يجوز الوصية للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل

الموصى الا باجازة ورثته لقوله عليه السلام لا وصية لوارث
الا ان يجيزها الورثة ذكره في البدايع يعني عند وجود وارث
آخر على ما فهم من آخر الحديث فلا يشكل هذا بما اذا اوصى لزوجته
او اوصت لزوجها ولم يكن وارث آخر فانه يصح الوصية
في هذه الصورة ولم يتحقق الاجازة من الورثة والمسئلة في
كتاب القضاء من فرائض عثمان خلافا لابي يوسف في الاخير
ولا من صبي خلافا للشافعي ومكاتب وان ترك وفاء وقدم
الدين وتقبل بعد موته وبطل قبولها وردها في حيوته وبه
اي بالقبول يملك وقال زفر والشافعي يملك بدون القبول
الا اذا مات موصيه ثم هو اي الموصى له بلا قبول فانه حينئذ
يملك بلا قبول وهذا استحسان فقوله فهو لورثته اي ورثة الموصى
تفريع على المستثنى المحذوف وله ان يرجع عنها بقول صريح او فعل
يقطع حق المالك عما غصب اي بفعل يقطع بمثل ذلك الفعل من
الغاصب حق المالك عن المغصوب فقد مر بيان ذلك الفعل
في كتاب الغصب او يزيد عطف على يقطع في الموصى به ما يمنع
تسليمه الا به كلت السويق بسمن والبناء او تصرف يزيل ملكه كالبيع
والهبة لا بغسل ثوب وصى به ولا بجحودها وقال ابو يوسف الجحود
رجوع وتبطل هبة المريض ووصيته لمن نكحها بعدها اي وهب
المريض لامرأة شيئا او اوصى لها بشيء ثم تزوجها ثم مات بطل الهبة

والوصية لان الوصية ايجاب بعد الموت وهي بعده وارثة
له واما الهبة فهي وان كانت منجزة لكنها كالمضاف الى الموت
لان حكمها يتقرر عنده الا يرى انها تبطل بالدين المستغرق
وعند عدم الدين يعتبر من الثلث بخلاف الاقرار فانه
ان اقر لها ثم تزوجها يصح لانها عند الاقرار اجنبية ثم ان
ما ذكره على تقدير وجود وارث آخر على ما عرفت فيما تقدم
كاقراره اي كاقرار المريض ووصيته وهبته لابنه كافرا
او عبدا ان اسلم او اعتق بعد ذلك اما الاقرار فلان البنوة
قائمة وقت الاقرار فاعتبر في ايراث تهمة الايثار واما الهبة
والوصية فلما مر وهبة مقعد ومفلوج واشل ومسلول من
كل ماله ان طال مدته فلم يخف موته والا فمن ثلثه وان اجتمع
الوصايا قدم الفرض ان ضاق عنها ثلث المال وان تساوت
قوة قدم ما قدم اي ما قدمه الموصى قال في التبيين كفارة
القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف
وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر على الاضحية
للاتفاق على وجوبها دون الاضحية

باب الوصية بالثلث

في وصية بثلث ماله لزيد ومثله لآخر ولم يجيزوا
ينصف بينهما وبثلث له وسدس لآخر يثلث وبثلثه
وكله لآخر ينصف وقالا يربع قال ابو حنيفة الوصية باكثر من

الثلث اذا لم يجز الورثة قد وقع باطلا فكانه اوصى بالثلث
لكل واحد فيتنصف الثلث بينهما وقالا انما يبطل الزائد على الثلث
بمعنى ان الموصى له لا يستحقه حقا للورثة لكن يعتبر في ان الموصى له
يأخذ من الثلث بحصة ذلك الزائد اذ لا موجب لابطال
هذا المعنى فمخرج الثلث ثلثة فالثلث واحد والكل ثلثة
صارت اربعة فيقسم الثلث بهذه السهام وهذا مبني
على اصل مختلف بينهم وهو ما ذكره بقوله ولا يضرب الموصى له
باكثر من الثلث عنده المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب
فانه اذا اوصى بالثلث والكل فعنده سهام الوصية اثنان
لكل واحد نصف يضرب بالنصف في ثلث المال فالنصف في الثلث
يكون نصف الثلث وهو السدس فلكل سدس المال وعندهما
سهام الوصية اربعة والواحد من الاربعة ربع فيضرب
الربع في ثلث المال فالربع في الثلث يكون ربع الثلث ثم لصاحب
الكل ثلثة من الاربعة وهي ثلثة ارباع فيضرب ثلثة ارباع
في الثلث يعني ثلثة ارباع الثلث وما بقي لصاحب الثلث وهو
الربع هذا معنى الضرب الا في المحاباة صورتها ان يكون لرجل
عبدان قيمة احدهما ثلثون والآخر ستون مثلا فاوصى
بان يباع الاول من زيد بعشرة والآخر من عمرو بعشرين
ولا مال له سواهما فالوصية في حق زيد بعشرين وفي حق عمرو

وباربعين يقسم الثلث بينهما اثلاثا فيباع الاول من زيد
بعشرين والعشرة وصية له ويباع الثاني من عمرو باربعين
والعشرون وصية له فاخذ عمرو من الثلث بقدر وصيته
وان كانت زائدة على الثلث والسعاية صورتها اعتق
عبدين قيمتهما ما ذكر ولا مال له سواهما فالوصية للاول بثلث
المال وللثاني بثلثي المال فسهام الوصية بينهما ثلاث واحد
للاول واثنان للثاني فيقسم الثلث بينهما كذلك فيعتق من الاول
ثلثه وهو عشرة ويسعى في عشرين ويعتق من الثاني ثلثه وهو
عشرون ويسعى في اربعين فيضرب كل بقدر وصيته وان كان
زائدا على الثلث والدراهم المرسلة صورتها اوصى لزيد بثلثين
درهما وللآخر بستين درهما والمال تسعون يضرب كل بقدر
وصيته فيضرب الاول الثلث في ثلث المال والثاني الثلثين
في ثلث المال المراد بالمرسلة المطلقة اي غير مقيدة بانها
ثلث او نصف ونحوهما وانما فرق ابو حنيفة بين هذه
الصور وبين غيرها لان الوصية اذا كانت مقدرة
بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين وغيرهما والشرع
ابطل الوصية في الزائد يكون ذكره لغوا فلا يعتبر في حق
الضرب بخلاف ما اذا لم يكن مقدرة بانه اي شيء من المال كما في
الصور المذكورة فانه ليس في العبارة ما يكون مبطلا للوصية

كما اذا اوصى بخمسين درهما واتفقوا ان ماله مائة درهم فان
الوصية لاتكون باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال
فوق المائة واذا لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة في حق
الضرب وهما فرق دقيق انيق • وبمثل نصيب ابنه صحت
وبنصيب ابنه لا • سواء كان له ابن ام لا لان الكل وصية بمال
الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والاول وصية
بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به
فيجوز قال زفر تصح في الوجهين • وله ثلث مع ابنين • اي للموصى
في الصورة الاولى ثلث ان كان للموصى ابنان • وبجزء من
ماله بينه الورثة • اي يقال للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول
والجهالة لاتمنع صحة الوصية فالبيان الى الورثة لانهم قائمون
مقام الموصى • وبسهم السدس • وقالا له مثل نصيب احد الورثة
ولا يزاد على الثلث الا ان يجيزه الورثة له • ان السهم هو السدس
هو المروي عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما
روى وقال المشايخ هذا في عرفهم فهو كالجزء في عرفنا •
وان قال سدس مالي له ثم قال ثلثه له واجازوا له الثلث
ويدخل السدس في الثلث اخذا بالمتيقن وبهذا اندفع ما قيل
ان قوله ثلث مالي له لا يصلح اخبارا فتعين الانشاء فينبغي
ان يكون له النصف تقريرا الدفع سلمنا ان قوله ثلث مالي له

انشاء

انشاء الا انه بعد قوله سدس مالي له محتمل يجوز ان يكون مراده
بهذا زيادة سدس ويجوز ان يكون مراده ثلثا آخر
غير السدس فعند الاحتمال يحمل على المتيقن • وفي سدس مالي
مكررا له سدس • لان المعرفة اذا اعيدت معرفة كان الثاني
عين الاول الا اذا دل الدليل على خلافه وهو مفقود ههنا
وبثلث دراهمه او غنمه او ثيابه متفاوتة او عبيده ان هلك
ثلثاه فله ما بقي في الاولين وثلث الباقي في الاخيرين •
وقال زفر له ثلث الباقي في كل الصور لان حق الموصى له شايع
في الجميع فاذا هلك ثلثا المال هلك ثلثا حق الموصى له ولهم
ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا
يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع غير المختلفة والوصية مقدمة
فجمعنا ها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف
الاجناس المختلفة لانه لايمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقدما •
وبالف وله عين ودين هو عين ان خرج من ثلث العين
والا فثلث العين وثلث ما يؤخذ من الدين وبعين لوارث
او اجنبي له نصف وخاب الوارث • انما يكون له النصف
دون الكل كما في المسئلة الآتية لان الوارث اهل للوصية بخلاف
الميت • وبثلث لزيد وعمرو والميت كله لزيد • لان الميت لا يزاحم
الحي كما لو قال هو لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه ان لم يعلم موته

فله نصف الثلث لان الوصية صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا
الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فيكون
راضيا بتمام الثلث للحي وان قال بينهما فنصفه له اي قال
ثلث مالي بين زيد وعمرو وهو ميت فلزيد نصف الثلث لان كلمة
بين توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة وبثلث ماله
او غنمه وهو فقير له ثلث ماله او ثلث غنمه عند موته اي قال
ثلث مالي له او ثلث غنمي له ولا مال ولا غنم للموصي وقت
الوصية كان له ثلث ما يملكه من المال والغنم عند الموت لان
الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت فيثبت
حكمه بعده فيشترط وجود مال عند الموت سواء اكتسبه بعد
الوصية او قبلها فمن قال بعد ان لم يكن الموصى به عينا او
نوعا معينا لم يصب كذا من قال وبثلث غنمه ولا غنم له بطلت
لما عرفت ان شرط الصحة وجود الغنم عند الموت وان لم يكن
الغنم موجودة وقت الوصية فلا فرق بينها وبين المال على
تقدير الشرط المذكور وانما قلنا اذا لم يكن الغنم موجودة
وقت الوصية لانها اذا كانت موجودة وقت الوصية
فهلكت لا تصح الوصية وان اكتسب غنما آخر قبل الموت وهذا ما ذكره
بقوله وبثلث غنمه فهلكت قبل موته بطلت صرح بهذا كله
في الهداية وبشاة من مالي انما قال هذا احترازا عن محل الخلاف

فانه

فانه لو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح وقيل
تصح او غنمي ولا شاة له وانما قال لا شاة له ولم يقل لا غنم له
كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن
له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم
الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم
الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي
فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع له قيمتها في مالي لانه لما اضافها
الى المال علمنا ان مراده الوصية بماليتها اذ ماليتها توجد في
مطلق المال وبطل في غنمي لانه لما اضافها الى الغنم علمنا ان
مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم وبثلث ماله
لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين لهن ثلثة
اخماس هذا عندهما وعند محمد انه يقسم الثلث على سبعة اسهم
فلامهات الاولاد ثلثة منها لان المذكور في الفقراء والمساكين
لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان والوصية اخت الميراث
ولامهات الاولاد ثلث ولهما ان الجمع المحلى باللام يراد به
الجنس اذا لم يكن ثمه معهود ويبطل الجمعية كما في قوله تعالى
لا يحل لك النساء الآية فيراد به الواحد فيقسم على خمسة ولهن
ثلثة منها وبثلث له وللفقراء نصف له ونصف لهم هذا
ايضا عندهما وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا وبمائة لزيد وبمائة

لآخر او بمال زيد وبخمسين لآخر وان اشترك ثالث معهما فله
ما لكل في الاول لان نصيبهما متساويان وقد اشترك ثالث
معهما فله ما لكل واحد منهما ونصفه في الثاني لتفاوت نصيبهما
فهو شريك لكل واحد فله نصف ما لكل واحد منهما ومن له على دين
فصدقوه اي امر بان يصدقوا الدائن في مقدار الدين صدق
اي يجب عليهم ان يصدقوه الى الثلث وهذا استحسان وفي
القياس ان لا يصدق لان المدعي لا يصدق الا بحجة
وجه الاستحسان ان اصل الحق دين ومقداره يثبت بطريق
الوصية وان اوصى مع ذلك اي ان اوصى مع الدين
الذي امر بتصديق الدائن في مقداره بوصايا عزل ثلث لها
اي للوصية وثلثاه للورثة وقيل لكل واحد من الموصى لهم
صدقوه فيما شئتم ويؤخذ ذو الثلث باقراره وما بقي فلهم
اي اذا اقروا بمقدار فثلث ذلك المقدار يكون في حقهم
وهو ثلث المال وما بقي من الثلث فللموصى لهم والورثة بثلثي
ما اقروا به اي يقال للورثة صدقوه فيما شئتم فاذا اقروا
بشيء فثلثا ذلك الشيء يكون في حقهم وهو ثلثا المال والباقي
للورثة ويحلف كل اي كل واحد من الموصى له والورثة على
الثلث ولا بد منهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وهنا الزمهم
ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا

الثلث

الثلث على تقدير ان يكون الوصايا تستغرق الثلث كله
ولم يبق في ايدي الورثة من الثلث شيء فوجب ان الزمهم
تصديقه وبثلثة اثواب متفاوتة جيد ومتوسط ورديء
بكل لرجل ان ضاع ثوب ولم يدر ايّ هو والورثة تقول
لكل من الموصى له توى حقك بطلت اي بطلت الوصية
لكن ان سلموا ما بقي اي سامحوا وسلموا الثوبين الباقيين
اخذ ذو الجيد ثلثي الاعلى وذو الرديء ثلثي الاخس وذو
المتوسط ثلث كل اي كل واحد منهما وبيت معين من دار مشترك
قسمت اي يجب ان تقسم الدار فان اصاب الموصي اي
ان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له والا لا
اي وان وقع في نصيب الشريك فله قدره اي للموصى له مثل
ذراع ذلك البيت من نصيب الموصي عندهما وعند محمد له
مثل ذراع نصف ذلك البيت كما في الاقرار اي ان كان مكان
الوصية الاقرار فالحكم كذلك وقيل هذا بالاجماع وقيل فيه ايضا
خلاف لمحمد وبالف عين من مال غيره له الاجازة بعد موت
الموصي والمنع بعدها اي بعد الاجازة فانه ان اجاز فاجازته
تبرع فله ان يمتنع من التسليم وان اقر احد الابنين بعد القسمة
بوصية ابيه بالثلث دفع ثلث نصيبه هذا استحسان والقياس
ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث

تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطائه النصف
ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في
التركة وهو في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده وان ولدت
الموصى بها بعد موته فهما له اي الامة الموصى بها وولدها
ان خرجا من الثلث والا اخذ الثلث منهما ثم منه اي ياخذ
الثلث من الام فان فضل شيء اخذ من الولد لان التبع
لا يزاحم الاصل وقالا ياخذ من كل واحد بالحصة فان كان له
ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم فولدت ولدا
يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث
الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما **باب العتق**
في المرض العبرة بحال العقد في التصرف المنجز هو الذي وجب
حكمه في الحال فان كان في الصحة فمن كل ماله والا فمن ثلثه والمراد
بالتصرف الذي هو انشاء ويكون فيه معنى التبرع حتى ان
الاقرار بالدين في المرض ينفذ من كل المال والنكاح فيه
ينفذ قدره مثل المهر من كل المال والمضاف الى الموت هو
ما اوجب حكمه بعد موته كانت حر بعد موتي او هذا لزيد بعد موتي
من الثلث وان كان في الصحة ومرض صح منه كالصحة واعتاقه
وهبته وضمانه وصيته فان حابى واعتق فهي احق صورة
المحاباة ثم الاعتاق باع عبدا قيمته مائتان بمائة ثم اعتق عبدا

قيمته مائة ولا مال له سواهما يصرف الثلث الى المحاباة ويسعى
المعتق في كل قيمته وبعكسه سواء صورة العكس اعتق
العبد الذي قيمته مائة ثم باع العبد الذي قيمته مائتان بمائة
يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فالعبد المعتق يعتق نصفه
مجانا ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة ياخذ العبد
الآخر بمائة وخمسين وقالا عتقه اولى فيهما لانه يلحقه الفسخ وله
ان المحاباة اقوى لانه في ضمن عقد المعاوضة لكن ان وجد
العتق اولا وهو لا يحتمل الرفع يزاحم المحاباة في عتقه بين
المحاباتين نصف للاولى ونصف للاخرين وفي محاباة
بين عتقين لها نصف ولهما نصف والعتق اولى عندهما
فيهما ووصيته بان يعتق عنه بهذه المائة عبد لا ينفذ بما بقي
ان هلك درهم بخلاف الحج وعندهما ينفذ العتق بما بقي كما في
الحج لان القربة يتفاوت بتفاوت قيمة العبد بخلاف الحج وتبطل
الوصية بعتق عبده ان جنى بعد موته فدفع لان الدفع
قد صح فخرج من ملكه فبطلت الوصية وان فدى لا اي
لا تبطل الوصية ان فداه الورثة وكان الفداء في مالهم
لانهم التزموه فجازت الوصية لانه طهر عن الجناية وان
اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في صحته
والوارث في مرضه اي اذا اوصى بثلث ماله لزيد وله عبد



وأقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال
الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض
صدق الوارث وحرم زيد لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث
ماله سوى العبد لان العتق في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال
والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله سوى العبد لان العتق في المرض
وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق
الا ان يفضل عن ثلثه شيء من قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيسلم له
ذلك او يبرهن على دعواه فان الموصى له خصم لانه يثبت حقه
وكذا العبد وان ادعى رجل دينا على ميت وعبده اعتاقه في صحته
ولا مال له غيره وصدقهما وارثه سعى العبد في قيمته وقالا يعتق
ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق
الوارث في كلام واحد فكأنهما وقعا معا والعتق في الصحة
لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار
بالدين اقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقراره في المرض
بالدين من جميع المال وبالعتق من ثلثه والاقوى يدفع الادنى
الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب
السعاية عليه

باب الوصية للاقارب وغيرهم

جاره من
لصق به هذا عنده وهو القياس وفي الاستحسان وهو قولهما
جار الرجل من يسكن في محلته ويجمعهم مسجد المحلة وقال الشافعي

الجار الى اربعين دارا من كل جانب وصهره كل ذي رحم
محرم من عرسه وختنه كل زوج ذات رحم محرم منه واهله عرسه
وعندهما كل من يعولهم ويضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا
للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى فنجيناه واهله الا امرأته
والمراد من كان في عياله وله انه حقيقة للزوجة يشهد بذلك
النص والعرف قال الله تعالى وسار باهله ويقال تأهل اذا
تزوج والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة وفيه نظر اذ لا
دلالة فيما ذكره على الاختصاص وآله اهل بيته وابوه وجده
منهم واقاربه واقرباؤه وذو قرابته وانسابه محرماه فصاعدا
انما قال هذا لان الاقل في الجمع هنا اثنان كما في الميراث
من ذوي رحمه الاقرب فالاقرب غير الوالدين والولد وقالا
الوصية لكل من ينتسب الى اقصى اب له ادرك الاسلام وان لم يسلم
وعند بعضهم شرط الاسلام ويدخل الابعد مع وجود الاقرب
والشافعي قيده بالاب الادنى ثم لا يدخل قرابة الولادة
وقد قيل من قال للوالد قريب فهو عاق وان كان له عمان
وخالان فذا للعمين وقالا يقسم بينهم اربعا لعدم اعتبار الاقرب
وفي عم وخالين نصف بينه وبينهما لان اللفظ جمع فلا بد
من اعتبار معنى الجمع فيه واقله الاثنان في الوصية فيضم الى
العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه اقرب وعندهما

يقسم الثلث بينهم وفي عم له نصف كما اذا اوصى لاقاربه
وله عم واحد فله النصف كما ذكرنا آنفا والعم والعمة سواء
فيها وفي ولد زيد الذكر والانثى سواء وفي ورثته ذكر
كانثيين لانه اعتبر الوراثة وحكم الارث هذا وفي ايتام بنيه
وعميانهم وزمناهم وارامله دخل فقيرهم وغنيهم وذكرهم
واناثهم ان احصوا فانه حينئذ يكون تمليكا لهم والا فللفقراء
فانه حينئذ لا يكون تمليكا بل يراد به القربة وهي في دفع
الحاجة فيصرف الى الفقراء منهم اى من الاصناف المذكورة
وفي بني فلان الانثى منهم وبطلت الوصية لمواليه فيمن له معتقون
ومعتقون لان اللفظ مشترك ولا عموم له عندنا ولا قرينة
تدل على احدهما وفي بعض كتب الشافعي ان الوصية للكل لانه
يقول بالعموم المشترك **باب من الوصية** تصح
الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معينة وابدا
وبغلتهما فان خرجت الرقبة من الثلث سلمت اليه لها اى
الى الموصى له مقدار ثلث المال يسكن فيه والعبد يخدم الموصى له
بمقدار ما صحت فيه الوصية ويخدم الورثة بمقدار ما لم تصح وبموته
في حيوة موصيه تبطل وبعد موته اى بموت الموصى له بعد موت
موصيه يعود الى الورثة لانه اوصى بان ينتفع الموصى له على
ملك الموصى فاذا مات الموصى له يعود الى ورثة الموصى بحكم الملك

وبثمرة بستانه ان مات وفيه ثمرة انما قال هذا لانه اذا
لم يكن في البستان ثمرة والمسئلة بحالها فهي كمسئلة الغلة في
تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له ذكره في التبيين
له هذه فقط اى للموصى له الثمرة الكائنة حال موت الموصي
لا ما يحدث بعده وان ضم ابدا فله هذه وما يحدث كما في غلة
بستانه اى اذا اوصى بغلة بستانه سواء ضم اليه لفظ الابد
او لا فله هذه وما يحدث بعده وبصوف غنمه وولدها ولبنها
ما في وقت موته ضم ابدا او لا والفرق ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على
الابد اذ لا يتأبد الا بتناول المعدوم والصوف اسم للموجود
والمعدوم منه لا يستحق بشيء من العقود وكذا بالوصية بخلاف
الثمرة فان العقد على المعدوم منها يصح شرعا كالمساقاة
اما الغلة فتنتظم الموجود والمعدوم وما يكون بعرض الوجود
مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة
ارضه وداره فاذا اطلقت يتناول الموجود والمعدوم
من غير توقف على دلالة اخرى ويورث بيعة وكنيسة
قد مر تفسيرهما جعلتا في الصحة لان هذا بمنزلة الوقف يورث
واما عندهما فلا لان هذه معصية والوصية بجعل احدهما
يسمى قوما او لا يصح اى اذا اوصى نصراني او يهودي ان يجعل

لقوم مسمين بيعة او كنيسة يصح ولقوم غير مسمين تصح عنده
لا عندهما لما امر انها وصية بالمعصية وله انه قربة في معتقدهم
وهم متركون على ما يدينون قال مشايخنا هذا اذا اوصى ببنائها
في القرى واما في الامصار فلا يجوز بالاتفاق كوصية مستأمن
لا وارث له هنا بكل ماله لمسلم او ذمي لان امتناع الوصية
بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق مرعي لكونهم
في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا والله اعلم **باب الوصي**
يقال اوصى الى فلان اي جعله وصيا وهو من فوض اليه التصرف
في ماله بعد موته والاسم منه الوصاية بالكسر والفتح من اوصى
الى زيد وقبل عنده فان رد عنده يرتد والا فلا اي لا يصح الرد
بغيبته لانه اعتمد عليه حيث قبله فلو صح الرد بغيبته لصار مغرورا
من جهته وان سكت فمات موصيه فله رده وضده اي القبول
ولزم ببيع شئ من التركة وان جهل به اي بالايصاء وذلك
ان بيع الوصي التركة قبل قبول الوصية كقبوله وينفذ البيع لصدوره
من الوصي فان علم الوصي بالوصاية ليس بشرط في صحة تصرفه
بخلاف الوكيل فان علمه بالوكالة لا بد منه في صحة تصرفه وان
رد بعد موته ثم قبل صح اذ بمجرد الرد لا يبطل الوصاية لان في ابطالها
ضررا بالميت الا اذا انفذ قاض رده فانه لا يصح قبوله بعده
والى عبد او كافر او فاسق بدله القاضي بغيره هذا على وفق

ما ذكره القدوري وفيه دلالة على ان الوصية صحيحة لان
التبديل يكون بعد الثبوت وذكر محمد في الاصل ان الوصية
باطلة قيل معناه ستبطل وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية
على نفسه وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر ايضا باطلة
لعدم ولايته على المسلم كذا في التبيين والى عبده صح ان كان
ورثته صغارا والا فلا هذا عنده وقال ابو يوسف لا تصح
وان كانت الورثة صغارا وهو القياس لانه قلب المشروع
وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس
لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا لكن ليس لهم
ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما اذا كان في الورثة كبار
والايصاء الى عبد الغير لانه لا يستبد بالتصرف اذ كان للمولى
منعه وقول محمد فيه مضطرب يروى مع ابي حنيفة ويروى
مع ابي يوسف والى عاجز عن القيام بها ضم اليه اي يضم القاضي
اليه غيره ويبقى امين يقدر اي اذا كان الوصي امينا قادرا
على التصرف لا يجوز للقاضي اخراجه بل تجب تبقيته والى اثنين
لا ينفرد احدهما الا بشراء كفنه وتجهيزه والخصومة في حقوقه
وقضاء دينه وطلبه وشراء حاجة الطفل والاتهاب له واعتاق
عبد عين لعدم الحاجة الى الرأي بخلاف اعتاق غير المعين
ورد وديعة وتنفيذ وصية معينتين وجمع اموال ضائعة

وبيع ما يخاف تلفه فان في بعضها لا يحتاج الى الرأي وفي بعضها
يضر التوقف والاجتماع في الخصومة شغب بينهما عندهما وعند ابي يوسف
ينفرد كل بالتصرف في جميع الامور ووصي الوصي وصي اليه في ماله
او مال موصيه وصي فيهما وقسمة الوصي عن الورثة مع الموصى له
تصح فلا يرجع عليه ان ضاع قسطهم معه اي قسمة الوصي التركة مع الموصى له
عن الورثة الصغار والكبار الغائبين تصح حتى لو قبض الوصي
نصيب الورثة وضاع في يده لا يكون لهم الرجوع على الموصى له
بشيء وقسمته عن الموصى له معهم لا فيرجع بثلث ما بقي اي لا تصح
قسمة الموصي عن الموصى له الغائب مع الورثة الكبار الحاضرين
حتى لو قبض نصيب الموصى له الغائب وهلك في يده رجع الموصى له
بثلث ما بقي واما عن الموصى له الحاضر فيقبض الوصي نصيبه ان كان
باذنه فهو وكيل عن الموصى له بالقبض فلا يكون له حق الرجوع وان
لم يكن باذنه فله الرجوع وصحت للقاضي يعني قسمة التركة عن الموصى له
مع الورثة واخذه عطف على الضمير في صحت قسطه اي نصيب
الموصى له وان قاسمهم في الوصية بحج بثلث ما بقي ان هلك
في يده او يد من يحج به عنده وقال ابو يوسف ان كان المفرز
للحج مستغرقا للثلث بطلت الوصية وان لم يكن مستغرقا يحج عنه بما بقي
من الثلث وقال محمد لا يحج عنه بشيء في الفصلين لان افراز الوصي
كافراز الميت فانه لو افرز من ماله شيئا للحج فضاع بعد موته لا يحج

من الباقي ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فتنفذ ما
بقي من الثلث شيء ولابي حنيفة ان تمام القسمة بالتسليم الى الجهة
المسماة فاذا لم يصرف الى تلك الجهة صار هلاكه قبل القسمة وصح
بيع الوصي اي يجوز للوصي ان يبيع لقضاء الدين عبدا من التركة
بغيبة الغرماء وضمن وصي باع ما اوصى ببيعه وتصدق ثمنه
فاستحق اي المبيع بعد هلاك ثمنه معه ورجع اي الوصي في التركة
لانه عامل للميت وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يرجع في التركة
لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكر وعند محمد يرجع في الثلث
لان محل الوصية الثلث كما رجع في مال الطفل وصي باع ما اصاب
من التركة اي قسم الميراث فاصاب الطفل عين فباعها الوصي و
قبض ثمنها وهلك معه ثمنه فاستحق اي المبيع واخذ المشتري
الثمن من الوصي ورجع الوصي في مال الصبي الطفل لانه عامل له
والطفل اي رجع الطفل على الورثة بحصته لانتقاض القسمة
باستحقاق ما اصابه ولا يبيع وصي ولا يشتري الا بالقيمة او بما
يتغابن اي يتغابن الناس في مثله وهو على ما مر في كتاب الوكالة
ما يدخل تحت تقويم المقومين لان الولاية نظرية ولا نظر
في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه هذا
اذا باعه من الاجنبي واما اذا باعه من نفسه او اشترى له
شيئا من مال نفسه جاز عنده واحدى الروايتين عن

ابي يوسف اذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتفسير
ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير او يشتري
ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه وعلى قول محمد
واظهر الروايتين عن ابي يوسف لا يجوز على كل حال هذا في وصي
الاب واما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال هذا
اذا كان المبيع منقولا وان كان عقارا فان باعه من اجنبي
بمثل القيمة يجوز هذا جواب المتقدمين واختيار المتأخرين
انه انما يجوز ان رغب المشتري بضعف القيمة او يكون
للصغير حاجة الى ثمنه او يكون على الميت دين لا يقضى الا بثمنه
قال صدر الشهيد وبه يفتى وقولهم الاجنبي يؤذن ان بيعه
من نفسه لا يجوز لان العقار من النفس الاموال فاذا باع
من نفسه فالتهمة ظاهرة هذا اذا كان البائع وصيا لا
من قبل الام او الاخ وان كان ابا فان كان محمودا عند الناس
او مستور الحال يجوز ويدفع ماله مضاربة وشركة وبضاعة
ويحتال على الاملاء لا على الاعسر ولا يقرض ويبيع على الكبير
الغائب الا العقار لان بيع ماله انما يجوز للحفظ والعقار
محصن بنفسه ولا يتجر في ماله لان المفوض اليه الحفظ لا التجارة
ووصي ابي الطفل احق بماله من جده وان لم يكن له وصي فالجد
ولغت شهادة الوصيين لصغير بماله لانهما يثبتان

ولاية الحفظ لانفسهما في ذلك المال فصارا متهمين او
خصمين او كبير بمال الميت لانهما يثبتان ولاية الحفظ
وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث وصحت
بغيره اي بغير مال الميت لانقطاع ولايتهما عنه وهذا عنده
وقالا اذا شهد الوارث كبير يجوز في الوجهين لعدم ولاية
التصرف وقدم الجواب عنه كشهادة رجلين لآخرين بدين
الف على ميت والآخرين للاولين بمثله بخلاف شهادة
بوصية الف هذا عند محمد وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين
ايضا ويروى قول ابي حنيفة مع محمد ويروى مع ابي يوسف
وعن ابي يوسف مثل قول محمد وروى الحسن عن ابي حنيفة
انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة وان شهد
اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم ادعى الشاهدان
بعد ذلك على الميت فشهد لهما الغريمان الاولان تقبل
او الاولين بعبد والآخرين بثلث ماله او بالدراهم المرسلة
لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة والله اعلم

كتاب الخنثى هو ذو فرج وذكر ويلحق به من عري
عن الآلتين جميعا ذكره في التبيين فان بال من ذكره
فذكر وان بال من فرجه فانثى وان بال منهما حكم بالاسبق
وان استويا فمشكل ولا يعتبر الكثرة خلافا لهما هذا قبل البلوغ

فان بلغ وخرج لحيته او وطئ امرأة او احتلم كما يحتلم الرجل
فرجل وقوله فيه مقبول فانه لا يقف عليه غيره وان ظهر له ثدي
او نزل لبن او حاض او حبل او وطئ فانثى وان لم يظهر له
علامة او تعارضت فمشكل ومن حال والا فمشكل فقد قصر
ومن رام تتميمه بالتعميم فقد تعسف كما لا يخفى على من انصف
وان قام في صفهن اعاد حتما ان كان بالغا وندبا ان كان
مراهقا وفي صفهم يعيد من بجنبيه ومن خلفه بحذائه
صلوته بقناع وكره ان يلبس حريرا وحليا وان يكشف
عند رجل وامرأة وان يخلو به غير محرم رجل وامرأة وان
يسافر بلا محرم وان يختنه رجل او امرأة ويبتاع له امة تختنه
ان ملك مالا والا فمن بيت المال ثم تباع وان مات قبل ظهور
حاله لم يغسل وييمم من التيمم وهو جعل الغير ذا تيمم قيل انما
لا يشترى له جارية تغسله لان الجارية لا تكون مملوكة بعد الموت
كان هذا القائل نسي ما قدمه في كتاب القسمة من ان ملك
المورث باق بعد موته فالقسمة قضاء على الميت ولا يحضر
مراهقا غسل ميت وندب تسجية قبره قد مر معنى التسجية في
باب الجنائز ويوضع الرجل بقرب الامام ثم هو ثم المرأة اذا
صلى عليهم رعاية لحق الترتيب كما في الهداية وان تركه ابو
وابنا فله سهم وللابن سهمان وقالا له نصف النصيبين اي

يجمع بين نصيبه ان كان ذكرا ونصيبه ان كان انثى وله نصف
ذلك المجموع وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله فله خمسة
من سبعة عند ابي يوسف وخمسة من اثني عشر عند محمد له
ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان
انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف
وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان وفي
حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى
ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون
له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب
من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي يوسف
ان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق
ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا
يضرب بثلثة وذاك يضرب باربعة فيكون سبعة و
لابي حنيفة ان الاقل وهو ميراث الانثى متيقن وفيما زاد عليه
شك فاوجبنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك
الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب
الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون
الوارث زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امرأة
واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعنده في الاولى



للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة
الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين
فيهما والله اعلم **مسائل شتى** كتابة الاخرس الكتابة على
ثلثة مراتب غير مستبين كالكتابة على الهواء او الماء وهو بمنزلة
كلام غير مسموع فلا يثبت به شيء من الاحكام وان نوى ومستبين
غير مرسوم كالكتابة على الجدران او اوراق الاشجار او على
الكاغذ لا وجه الرسم فان هذا يكون لغوا اذ لا عرف في اظهار
الامر بهذا الطريق فلا يكون حجة الا بانضمام شيء آخر اليه كالنية
والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه وقيل الاملاء
من غير اشهاد لا يكون حجة والاول اظهر ومستبين مرسوم وهو
ان يكون معنونا اي مصدرا بالعنوان وهو ان يكتب في
صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة فيكون
هذا كالنطق فيلزم حجة وايماؤه بما يعرف منه نكاحه وطلاقه
وبيعه وشراؤه وقوده كالبيان ولا الحد اي لا يكون
اشارته وكتابته كالبيان في الحدود لانها تندرئ بالشبهة
وقالوا في معتقل اللسان اي اعتقل لسانه بضم التاء اذا احتبس
عن الكلام ولم يقدر عليه ان امتد ذلك وقدره التمرتاشي
بسنة وعلم اشارته فكذا اي فحكمه حكم الاخرس والا فلا قال
في الحقائق يعتبر اشارته عند الشافعي وعندنا لا تعتبر لان احتمال

ان يخف ما به من المرض فينطلق لسانه قائم فلا ضرورة الى اقامة
الاشارة مقام العبارة وروي عن ابي حنيفة انه قال
ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز لانه عجز عن النطق
لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا عليه الفتوى وفي غنم
مذبوحة فيها ميتة وهي اقل تحرى واكل في الاختيار وقال
الشافعي لا يباح التناول لان التحري دليل ضروري ولا
ضرورة هنا ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة
في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن
المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول
اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن التحرز عنه
فسقط اعتباره دفعا للحرج بخلاف ما اذا كان نصفين
او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة وانما قال في الاختيار
لانه يحل اكل الميتة في الاضطرار تمت تمت

سنه ٩٩٥





